

THÈSE DE
NANCY.
1883
N^o. 6.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE NANCY.

DE L'ADMINISTRATION
DES BIENS DES MINEURS

SOUS L'AUTORITÉ PATERNELLE

DANS LE DROIT ROMAIN ET DANS LE DROIT FRANÇAIS

413

THÈSE
POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE
A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

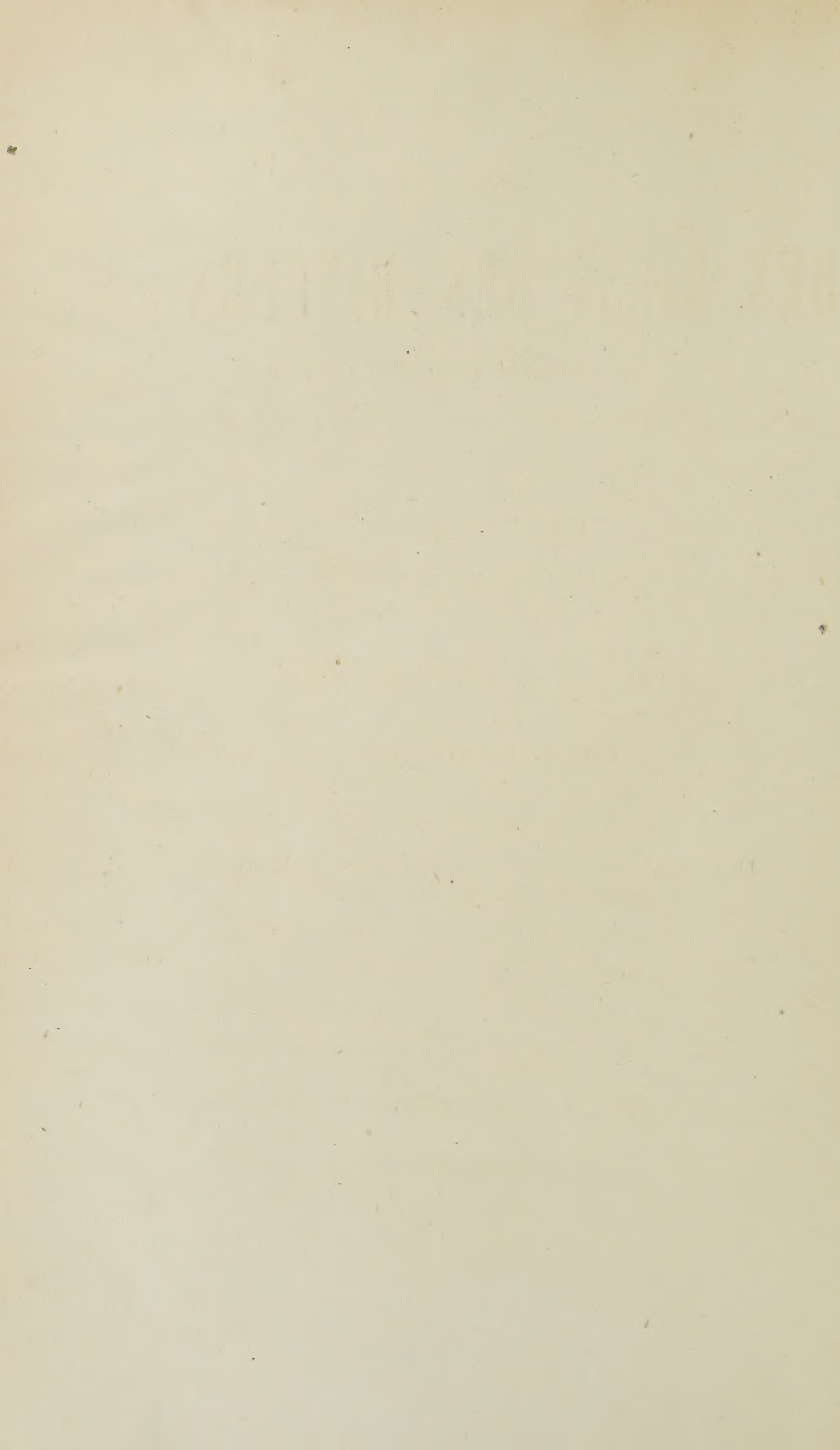
PAR
ÉMILE RAMPONT

AVOCAT

418

NANCY
IMPRIMERIE DE N. COLLIN, RUE DU CROSNE, 5

—
1883



DE L'ADMINISTRATION

DES BIENS DES MINEURS

SOUS L'AUTORITÉ PATERNELLE

DANS LE DROIT ROMAIN ET DANS LE DROIT FRANÇAIS



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

PAR

ÉMILE RAMPONT

AVOCAT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le samedi 30 juin 1883, à 4 heures du soir.

Président : M. BINET, Professeur.

<i>Suffragants</i> :	{	MM. LIÉGEOIS,	{	Professeurs.	
		LOMBARD (P)			
		BEAUCHET			Agrégés chargés de cours.
		GAVET			

*Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.*



NANCY

IMPRIMERIE DE N. COLLIN, RUE DU CROSNE, 5

1883

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY.

MM. LEDERLIN, I ☉,	Doyen, Professeur de Droit romain (2 ^e chaire), autorisé à faire le cours de Pandectes et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.
JALABERT ✱, I ☉,	Doyen honoraire.
LOMBARD (A.), I ☉,	Professeur de Droit commercial et Chargé du cours de Droit des gens.
LIÉGEOIS, I ☉,	Professeur de Droit administratif et Chargé du cours d'histoire du Droit romain et du Droit français.
BLONDEL, A ☉,	Professeur de Code civil (2 ^e chaire) et Chargé du cours de Droit constitutionnel.
BINET, A ☉,	Professeur de Code civil (3 ^e chaire) et Chargé du cours de Droit civil approfondi dans ses rapports avec l'Enregistrement.
LOMBARD (Paul), A ☉,	Professeur de Code civil (1 ^{re} chaire).
GARNIER, A ☉,	Professeur d'Economie politique.
MAY,	Professeur de Droit romain (1 ^{re} chaire).
CHAVEGRIN,	Agrégé, Chargé du cours de Droit international privé.
GARDEIL,	Agrégé, Chargé du cours de Droit criminel.
BEAUCHET,	Agrégé, Chargé du cours de Procédure civile.
BOURCART,	Agrégé, Chargé du cours de Pandectes, autorisé à faire le cours de Droit romain (2 ^e chaire).
GAVET,	Agrégé, Chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.
LACHASSE, I ☉,	Docteur en Droit, secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat ; le visa n'est donné qu'au point de vue de la morale et de l'ordre public. (Statut du 9 avril 1825, art. 81.)

A MON PÈRE, A MA MÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Les droits dérivant de la puissance paternelle sont susceptibles d'être envisagés à deux points de vue ; et, pour parler le langage philosophique, nous dirons que les pouvoirs du père, comme chef de la famille, sont, tantôt objectifs, tantôt subjectifs ; subjectifs quand le père exerce directement ses droits sur la personne de ses enfants considérés comme individus faisant partie de la famille et astreints, en cette qualité, à certaines obligations ; objectifs quand le père use indirectement de ses pouvoirs sur ses enfants envisagés comme détenteurs de biens, comme possesseurs d'un patrimoine personnel. C'est dans ce dernier sens seulement que nous parlerons de l'autorité paternelle. Cependant, ici encore, nous devons faire une distinction. Les pouvoirs du père à l'égard des biens sont doubles, ou, plus exactement, il a, relativement aux biens, des droits et des devoirs ; les droits du père sont écrits dans l'article 384 du code civil qui lui attribue, sous certaines conditions, l'usufruit des biens de ses enfants mineurs ; ses devoirs lui sont imposés par l'article 389 qui le nomme administrateur des biens des mêmes enfants. C'est cette administration qu'on appelle *légale* ou

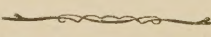
paternelle qui fera l'objet de notre étude ; nous laisserons de côté, du moins en principe, l'usufruit légal pour n'en parler que quand les rapports qui le relie à l'administration légale nous forceront à le faire.

Le siège de notre matière est l'article 389 (c. c.) ; avant d'étudier ce texte, il est bon de rechercher ce qu'était à Rome l'administration des biens des mineurs ; ceci nous amènera à faire l'étude des pécules. Ensuite nous examinerons quel était le caractère de cette administration dans le vieux droit français, soit *écrit*, soit *coutumier*.

L'étude de l'article 389 nous conduira à parler d'une loi nouvelle, la loi du 28 février 1880, relative à une certaine classe des biens des mineurs, que nous ne pouvons passer sous silence.

Enfin nous étudierons les caractères de l'administration légale dans les différents états européens, et nous essayerons de déterminer les règles qui la régissent dans le droit international privé. C'est par cette étude que nous terminerons notre travail (1).

(1) En ce moment, on discute au Sénat un projet de loi « *sur la protection des enfants abandonnés* », dans lequel l'article 389 est formellement visé. Nous dirons quelques mots de la question dans l'état où elle se trouve actuellement.



DROIT ROMAIN

CHAPITRE I.

Des biens des enfants dans leurs rapports avec la puissance paternelle.

A Rome, l'aptitude à la personnalité juridique, s'appelle le *status* ; c'est l'existence juridique, subordonnée à l'existence physique, c'est-à-dire à la vie. Il faut que *homo recte fuisse dicatur* ; car avant de naître, l'homme n'est rien ; il n'est que « *mulieris portio vel viscerum.* » Si nous supposons un enfant né viable, il sera susceptible du *status* juridique ; ce *status* est triple, il comprend : 1° Le *status libertatis* ; 2° le *status civitatis* ; 3° le *status familiaris*. Ce dernier est l'état de l'individu considéré comme *membre de la famille*. Il comprend trois puissances distinctes : la *manus*, le *mancipium*, la *patria potestas* ; c'est de cette dernière seulement dont nous aurons à nous occuper, et cela au point de vue particulier des rapports qui peuvent exister entre le père et le fils, à l'occasion des biens ; nous n'aurons donc pas à parler des tiers dans leurs rapports juridiques avec le fils de famille.

Ce serait une grave erreur de croire que la *puissance paternelle* a été organisée à Rome de toutes pièces, et que, pour nous placer dans l'hypothèse la plus accréditée de la fondation de la *Rome civile*, Romulus a établi a

priori, pour cette institution comme pour d'autres, un ensemble de préceptes une fois posés, auxquels tout individu qui avait l'honneur d'être citoyen Romain, était tenu de se conformer. On ne façonne pas ainsi des lois de pure improvisation; dans une société, les lois dérivent des besoins physiques et intellectuels, des croyances religieuses du plus grand nombre des membres qui la composent, et l'esprit d'un peuple ne se prête pas à des lois primordiales; au contraire, un peuple se crée des lois en conformité avec son esprit, son bien-être matériel, ses croyances. Aussi ce n'est pas dans le droit écrit qu'il faut essayer de trouver l'origine de la puissance paternelle; on l'y chercherait en vain. C'est dans la coutume, à travers les traditions variables des différents siècles, que cette institution qui dérive du droit naturel s'est développée, qu'elle a trouvé un caractère et des règles positives.

Aussi loin qu'on puisse remonter dans l'origine des peuples, il paraît certain que la puissance paternelle n'avait pas de bornes. Elle fut, au début, considérée comme étant exclusivement un droit divin, et la légende sacrée nous montre Abraham immolant son enfant, comme un père exerçant un des attributs les plus légitimes de la puissance paternelle (1).

Chez les Lacédémoniens, la puissance du père était subordonnée à celle de l'État. Le père n'exerçait que les droits de la *paternité*, mais les enfants naissaient pour

(1) Les enfants de famille sont en la puissance du père... du droit diuin avant la Loy écrite, car autrement Abraham n'eut pas esté assuré de l'obeyssance d'Isaac qu'il voulait immoler dès-jà grand et puissant pour se défendre. (*Remarques d'Abraham Faberl sur les coutumes générales du Duché de Lorraine*).

l'État, pour défendre la République, c'est elle qui les élevait.

La puissance paternelle existait à Athènes, illimitée jusqu'à Solon. Ce législateur en tempéra la rigueur en retirant au père le droit de vie et de mort sur ses enfants.

A Rome, la puissance paternelle existe, mais adoucie par les croyances religieuses. Elle n'est pas fondée, comme on l'a dit, sur le droit de propriété absolue qu'a l'homme sur celui qu'il a créé et qui est à ce titre *sa chose*; elle a un caractère plus humain et plus raisonné. Le père n'est pas un propriétaire avec une toute-puissance illimitée; il est magistrat dans la famille, et de plus il y exerce un sacerdoce; c'est lui qui règle le culte privé dû aux ancêtres qui sont devenus Dieux du foyer ou Dieux Lares. C'est lui qui enseigne à la famille la religion due aux aïeux; il entretient l'autel privé; c'est lui qui est le représentant des dieux domestiques et à ce titre il a droit au respect et à la vénération des membres de la famille; là est la cause de sa puissance. S'il meurt, il passe lui-même au rang des dieux, le fils lui succède et c'est à lui que revient la puissance paternelle et le titre de *paterfamilias*. On le voit, son pouvoir soutenu par des croyances profondément enracinées, était par là même fortement constitué, et il était peu à craindre qu'il y fut porté atteinte ou que lui-même en abusât. Comme le dit M. Fustel de Coulanges, dans sa « *Cité antique* » (page 105). « L'autorité paternelle n'était pas une puissance arbitraire « comme le serait celle qui dériverait du droit du plus « fort. Elle avait son principe dans les croyances qui « étaient au fond des âmes et elle trouvait ses limites « dans ses croyances mêmes. Par exemple le père avait le « droit d'exclure le fils de sa famille; mais il savait bien

« que, s'il le faisait, la famille courait risque de s'éteindre.
« et les mânes de ses ancêtres de tomber dans l'éternel
« oubli. Il avait le droit d'adopter l'étranger, mais la re-
« ligion lui défendait de le faire s'il avait un fils ». Quoi-
qu'il en soit, l'autorité paternelle maintenue dans de justes
limites par les croyances religieuses, était par là même
respectée sans qu'il fut besoin d'une sanction légale, et
on eut pu appliquer aux Romains ce que Tacite disait des
Germanis : « Plusque valent ibi mores quam alibi bonæ
« leges » ; l'habitude du bien, la solidité des principes fai-
sait plus en ce pays que les meilleures lois dans d'autres.
(De moribus Germ. 19).

Voilà, suivant nous, le caractère vrai de cette — *patria
majestas* — diversement envisagée par les commentateurs.
Il nous faut maintenant indiquer quels en étaient les
principaux caractères, quels en étaient les attributs. Ils
peuvent se ranger en deux classes : les attributs sur la
personne des enfants, et ceux sur les *biens*.

Nous ne ferons que citer les premiers dont l'étude
reste en dehors des limites que nous nous sommes imposées. Ce sont :

- 1° Le droit de vie et de mort.
- 2° Le droit de correction.
- 3° Le *jus exponendi*.
- 4° Le droit d'émanciper l'enfant.
- 5° Le droit de le donner en adoption.
- 6° L'abandon noxal.
- 8° Le droit de vendre l'enfant.
- 9° Enfin celui de le donner en gage.

Pouvoirs du père sur les biens. — Comme attribut sur
les biens, le père avait le droit de profiter de toutes les
acquisitions du fils ; mais ce n'était pas, comme on pour-

rait le croire, à titre de propriété privée. Dès l'origine, c'est la famille qui était propriétaire ; les membres qui la composaient étaient co-propriétaires d'un patrimoine commun dont le *pater familias* était l'administrateur avec de larges pouvoirs qui comportaient la capacité de disposer. Tout ce qui advenait au père comme à tout autre membre de la famille venait augmenter le fonds commun. Les membres de la famille qui avaient une personnalité en dehors de la famille, puisqu'ils pouvaient exercer les fonctions publiques, n'en avaient pas comme propriétaires (1), c'est à dire relativement aux biens, et nous pourrions presque dire que la propriété était impersonnelle ; c'est ce qui explique comment dans le premier état du droit, du moins, le *filius familias* ne pouvait rien posséder en propre.

L'administration du patrimoine commun de la famille était lourde pour les pères de famille ; aussi, trouvèrent-ils commode de confier à leurs enfants la gestion d'une certaine quantité de biens qui, fournie à l'enfant par son père, *a patre profectam*, prit le nom de *peculium profectitium*. [Nous ne disons rien du pécule des esclaves qui reste étranger à notre matière].

Le fils de famille put bientôt posséder davantage ; la nation avait besoin de soldats ; aussi encouragea-t-elle le métier des armes en faisant à ceux qui l'embrassaient des faveurs particulières. Le *miles* put tester sous des

(1) L'histoire nous donne plus d'un exemple de cette *personnalité* du fils en dehors de la famille, personnalité devant laquelle le *pater familias* devait s'incliner. C'est ainsi, par exemple, que Cicéron (De Invent. 2, 17) nous montre Flaminius condamné pour avoir voulu en public imposer silence à son fils, tribun du peuple car il s'était par là rendu coupable du crime de lèse-majesté.

conditions plus faciles et dans des formes moins compliquées que le *civis romanus*, et, de plus, Auguste organisa pour les militaires le *peculium castrense* dont ils eurent la pleine propriété : « Divus Augustus constituit « ut filius familiæ miles de eo peculio quod in castris « adquisivit testamentum facere possit ». Cette faveur fut étendue, par analogie, aux fils de famille remplissant des fonctions civiles dans l'état ; ils purent garder, sous le nom de *peculium quasi-castrense*, les acquisitions par eux faites à raison de leurs fonctions.

Enfin le fils de famille put acquérir, sous le nom de *bona adventitia*, les biens à lui advenus de sa mère ou de ses parents du côté maternel, et enfin plus tard, les biens qui lui advenaient autrement que de son père. C'est le *peculium adventitium* (1).

Par la création de ces pécules, la puissance paternelle en ce qui concerne les biens fut grandement diminuée. Dans les chapitres qui suivent nous allons examiner quels étaient les droits du père et les droits du fils relativement à ces différentes espèces de biens.

CHAPITRE II.

Pécule Profectice. — De peculio. Dig. Lib 15. Tit. I.

Dans le premier état du droit Romain, les fils de famille ne peuvent rien posséder en propre, et la personnalité des enfants comme propriétaires n'existe pas ; tout ce qu'ils acquièrent, à un titre quelconque, profite au père : « Adquiritur nobis non solum per nosmetipsos, « sed etiam per eos quos in potestate habemus.

(1) L'expression pécule adventice est moderne. On ne la trouve pas dans les textes.

“ Qui in potestate nostra est nihil suum habere potest.
“ Igitur quod liberi nostri quos in potestate habemus,
“ idem quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex tradi-
“ tione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliâ
“ quâlibet causâ adquirunt, id nobis acquiritur ” [Gaius,
comm. 2, § 86 et 87]. Relativement à la simple possession,
si nous en croyons Paul, il n’en était pas de même : le
corpus, un des deux éléments essentiels de la possession,
pouvait exister soit chez le fils, soit chez le père, l’*ani-*
mus chez le fils ne pouvait jamais conduire le père à la
possession ; “ Possessionem adquirimus et animo et cor-
“ pore, *animo utique nostro, corpore vel nostro vel*
alieno ”.

Peu à peu l’usage s’établit que le père confiât à son fils
l’administration d’une faible partie de ses biens, pour
soulager son administration : c’est ce qu’on appelle le
peculium (1) *profectitium* ainsi nommé parce qu’il vient
du père, *quod a patre ad filium proficiscitur*.

Pour confier ce pécule au fils il fallait évidemment en
première ligne la volonté du père : mais ce n’était pas
suffisant, le formalisme romain ne se serait pas contenté
de cette remise “ morale ” faite par le père, il fallait
quelque chose de matériel, la tradition, soit réelle d’abord,
puis plus tard fictive : “ Non statim quod dominus voluit

(1) On n’est pas d’accord sur l’étimologie du mot *peculium* : Les
uns (Festus et Varron entre autres) le font dériver de *pecus* trou-
peau. — D’autres de *pecunia*, argent ; d’autres enfin (parmi ceux-
ci Ulpien) de *pusillus*, *minime*, le pécule étant de peu d’impor-
tance : De ces trois sources nous préférons le mot *pecus* troupeau,
d’où viendraient à la fois *peculium* et *pecunia*, expressions syno-
nymes, et représentant, dans ces temps où l’argent monnayé était
rare, l’idée générale de richesse, laquelle provenait surtout des
animaux domestiques et des produits de l’agriculture.

ex re sua peculii esse, peculium fecit : Sed, si tradidit aut quum apud eum esset pro tradito habuit : desiderat res “ naturalem dationem. — Non statim quod dominus “ voluit ex re sua péculii esse, peculium fecit, sed, si tradidit aut quum apud eum esset pro tradito habuit ” [Loi 8, Dig. 15. 1].

Le fils, quel que fut son âge, pouvait exercer l'administration d'un pécule profectice sans qu'aucunes conditions fussent exigées de lui. Le père avait également toute liberté pour concéder au fils un pécule de cette sorte ; il existait cependant une exception. Il ne pouvait, s'il était en état de folie, confier un pécule au fils ; que si le père ne devenait fou qu'après la constitution du pécule, le curateur avait la latitude de le laisser ou de le retirer au fils (1).

Ce pécule pouvait comprendre toutes espèces de biens, meubles ou immeubles, des esclaves, le pécule des esclaves, des créances, des droits réels, etc., etc. “ In peculio “ esse possunt omnes et mobiles et soli ; vicarios quoque in peculium, hoc amplius et nomina debitorum (2).

Nous avons dit que le pécule profectice est celui qui *a patre proficiscitur* ; il faut bien s'entendre sur cette expression, sinon on pourrait se faire une idée inexacte de ce pécule. Il n'était pas nécessaire que des biens eussent été *confiés* au fils par le père pour qu'ils fissent partie du pécule ; en faisaient encore partie ceux que le fils avait acquis lui-même et que le père lui *laissait* ou qu'il lui aurait laissé s'il avait connu l'acquisition. “ Non “ solum id peculium est quod [pater filio] concessit,

(1) Loi 3, § 4 et loi 7, § 1 : [De pec. 15, 1.]

(2) [Loi 7, § 4 et § 5].

« verum id quoque quod, ignorante quidem eo, acquisi-
tum sit, tamen si rescisset, passurus erat esse in pecu-
lio (1) ».

La propriété du pécule profectice reste toujours au père, le fils n'a que l'administration, mais sous des limites plus ou moins larges. Le fils est, en somme, mandataire du père, et celui-ci lui accorde les pouvoirs qu'il veut. L'administration du pécule n'emporte pour le fils le droit d'aliéner que si le père lui a concédé la *libera administratio* : « Si cui *libera* universorum negotiorum *adminis-*
tratio permissa fuit a patre, isque ex his negotiis rem
« vendiderit et tradiderit, faciet eam accipientis (1) ».

Ce sera une question de fait d'examiner quelle étendue le père a voulu donner à l'administration du fils : « Facti
« tamen est questio si quærat^{ur} quousque eis permissum
« videatur peculium administrare (2) ».

Il est des actes que le fils administrateur ne peut pas faire. Il ne peut pas constituer de gage ou d'hypothèque sur son pécule au profit d'une tierce personne. « Eam rem quam quis emere non potest quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest, ut D. Pius Claudio rescripsit. [Loi 1, § 2. Dig. 20, 3) ».

Le fils ne peut risquer les biens du pécule dans les jeux de hasard, ni en disposer par donation entre vifs : « Filius familias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat; non enim ad hoc conceditur libera peculii administratio ut perdat : (Loi 7. 39 5) ».

(1) [Loi 49. Dig. 15, 1].

(2) J. 43^o, II. 1. |

(3) | Loi 1. 1^o, 20. 3. |

Ni par donation à cause de mort : « *Pari autem ratione
“ qua donare filius familias prohibetur, etiam mortis
“ causa donare prohibebitur ”.* Ni par testament :
« *Ceterum qui habent castrense peculium in eâ conditione
“ sunt ut donare et mortis causa et non mortis causa
“ possint cum testamenti factionem habeant ”.*

Enfin le fils ne peut sans le consentement du père affranchir un esclave compris dans le pécule profectice, et dans ce cas l'affranchissement est censé donné par le père, non par le fils. Chez nous il eut été inutile de le dire, car il est bien évident que la personnalité civile du mandataire s'efface devant celle du mandant.

Le fils de famille, avons-nous dit, n'est qu'administrateur du pécule profectice, c'est-à-dire un détenteur à titre précaire. Il est cependant des cas dans lesquels il pouvait en devenir propriétaire. Papinien nous cite l'exemple d'un père qui a donné à sa fille des esclaves, et qui l'émancipe ensuite sans les lui reprendre. La fille devient propriétaire des esclaves en vertu d'une donation en quelque sorte rétrospective. « *Pater qui filiæ, quam
“ habuit in potestate, mancipia donavit et peculium
“ emancipatæ non ademit ex post facto donationem vide
“ batur perfecisse* » [Loi 31. 2^o (39, 5)]. La donation n'est faite qu'après coup car tant que la fille est sous la puissance de son père, avant l'émancipation, elle ne peut posséder de biens en propre. Les biens que le père lui aurait donnés lui feraient retour à lui-même, car tout ce que la fille en puissance acquiert appartient au père qui se serait, en quelque sorte, donné à lui-même ; aussi ce n'est qu'après l'émancipation que la fille devient propriétaire *ex post facto* des esclaves compris dans le pécule.

De même quand un père émancipe son fils sans qu'il soit parlé du pécule dont il avait l'administration, le fils peut l'acquérir par l'usucapion. C'est ce que nous voyons dans les *Fragmenta Vaticana* (260). « *Filius emancipatus* « *cui pater peculium non ademit, res quidem pro donato* « *vel pro suo, quod justam causam possidendi habet,* « *non capit.* »

Enfin si les biens du père étaient vendus par le fisc, le fils conservait le pécule à lui confié par son père. « *Licet* « *aliquo casu ad filium spectet, utputa si patris ejus* « *bona a fisco propter debita occupata sunt ; nam pecu-* « *lium ei ex constitutione Claudii separatur.* » (Loi 3, § 4. D. De m. XXV annis).

L'administration du fils sur le pécule prenait fin :

Quand le père retirait au fils l'administration du pécule qu'il lui avait confié. Le père confiant volontairement le pécule à son fils, il était juste qu'il put le lui retirer *ad nutum*.

A la mort du père dans tous les cas : ou bien, en effet, les biens composant le pécule rentraient dans la succession du père pour être partagés avec les autres biens entre les différents cohéritiers ; ou bien le père avait expressément légué à son fils le pécule qu'il administrait de son vivant. Les lois 10 et 26 [De pecul. leg. D, 33. 8] nous disent, en effet, que le père pouvait léguer à son fils par préciput, et individuellement, les divers objets composant le pécule. Les biens ainsi légués, lui appartenant en toute propriété, ne faisaient plus partie d'un *pécule profectice*.

L'administration du pécule prenait encore fin au cas de mort du fils, au cas où il était déporté et, d'une façon

générale par toutes les causes qui, en fait, mettaient le fils de famille dans l'impossibilité d'administrer.

Nous n'avons donné sur le *peculium profectitium* que les idées les plus générales sans entrer dans beaucoup de détails ; ce pécule, en effet, doit nous intéresser moins que les autres : il n'y est question que de l'administration des biens *du père* par le fils, et nous n'avons à nous occuper que de l'administration des biens *du fils mineur*. Ce n'est donc qu'en étudiant les *peculia castrensia*, *quasi-castrensia* et *adventitia*, les seuls comprenant les biens personnels aux mineurs que nous pourrons envisager l'*administration des biens appartenant aux mineurs sous l'autorité paternelle*.

CHAPITRE III.

Peculium Castrense.

« Quis numerare queat felicis præmia, Galle.

« Militiæ ?..... »

[Juvénal, Satire 1].

Le *peculium castrense* fut la première atteinte à la toute puissance du père de famille Romain ; Rome s'enrichit par les armes, car le peuple Romain fut, avant tout, conquérant. Pour porter ainsi au loin l'invasion et la victoire les Empereurs s'attachèrent les soldats, dont ils avaient besoin, par des faveurs et des libéralités exceptionnelles. « Dès les premiers temps de l'empire, nous dit M. Ortolan (1), à cette époque où les constitutions impériales prodiguaient les privilèges aux soldats, sous Auguste, sous Nerva, sous Trajan, il commença à être établi que

(1) Ortolan, n° 611.

ce que les fils de famille auraient acquis à l'occasion de leur service militaire, ils en pourraient disposer soit entre vifs, soit par testament, comme s'ils étaient à cet égard de véritables *patres familiarum* ». C'est l'idée qu'exprime Ulpien, dans les termes suivants : « Filii familiarum in castrensi peculio vice patrum familiarum funguntur (1) ». Ces biens, en effet, que les fils de famille soldats pouvaient donner par testament, dont ils étaient par conséquent propriétaires, et qu'ils avaient acquis à l'occasion du service militaire, c'est ce qu'on appelle le *peculium castrense*.

Nous trouvons dans les textes plusieurs définitions du pécule dont nous parlons. Paul, dans ses Sentences, nous dit que le pécule castrense c'est tout ce que le filius familias acquiert, soit dans les camps, soit au moment de partir pour l'armée. « Quod in castris acquiritur vel quod proficiscente ad militiam datur » [Sentences. lib. III, tit. IV, § 3]. Cette définition ne nous semble pas complète et nous préférons celle que nous donne le Digeste dans la loi 11 (Lib. XLIX, tit. XVII) ; elle est ainsi formulée : « Castrense
« peculium est quod a parentibus vel cognatis in militiâ
« agenti donatum est, vel quod ipse filius-familias in mi-
« litia adquisivit, quod nisi militaret adquisiturus non
« fuisset, nam quod erat et sine militiâ adquisiturus, id
« peculium ejus castrense non est ». Le pécule *castrense* serait donc composé suivant cette définition donnée par le jurisconsulte Macer, de tout ce que le fils a reçu de ses parents à titre gratuit au moment de partir pour le service militaire ; de plus de ce que le fils a acquis de son

(1) Dig. Loi 2, titre 14, titre 6.

propre chef sous les drapeaux et qu'il n'aurait pas acquis autrement : c'est-à-dire que tout ce que le fils acquiert *abstraction faite de sa qualité de soldat* ne peut faire partie de pécule castrense.

Nous trouvons encore une autre définition de ce pécule dans la loi I au code [12, 37. De Castr. pec.]. C'est un rescrit de l'empereur Alexandre dont voici la teneur : « Peculio castrensi cedunt res mobiles, quæ eunti in « militiam a patre vel a matre aliisve propinquis, vel « amicis donatæ sunt, item quæ in castris per occasionem « militiæ quærentur ; in quibus sunt etiam hereditates « eorum qui non alias noti esse potuerunt, nisi per mili- « tiæ occasionem ; etiamsi res immobiles in his erunt ». Cette définition est plus explicite que la précédente ; elle nous dit en effet que les biens du pécule peuvent être meubles ou immeubles, provenir du père, de la mère, des parents et des amis, c'est-à-dire, en somme de toute personne. Ce qui caractérise le pécule, ce n'est pas l'origine des biens, c'est la cause pour laquelle ils sont donnés au fils.

Si nous essayons de tirer de ces définitions et du nom, même du pécule une idée générale, nous trouvons que le pécule castrans comprend tous les biens que le fils de famille a acquis *à cause de sa qualité de soldat* ; considéré comme *fils* dans la famille, le *filius familias* ne peut rien acquérir, considéré comme défenseur de l'État, il peut être propriétaire ; c'est la première atteinte portée à la puissance paternelle, qui est ici primée par les besoins de victoire de l'état. « Reconnaître aux fils de famille dit M. Ortolan (Inst. IX) la capacité d'être propriétaires, d'avoir des choses à eux, par conséquent d'en disposer et de faire des actes que le commerce de ces choses comportait, ce fut leur constituer une personnalité à eux, une

personne civile distincte de celle des chefs de famille, et dès lors, ce principe du droit primitif, que les fils de famille n'ont pas de personnalité, que leur individualité s'absorbe dans la personne du chef de la famille dont ils ne sont qu'une dépendance, qu'un instrument, commença à devenir faux. »

C'est donc au point de vue de *la cause d'acquisition* des biens que nous nous placerons pour savoir s'ils tomberont ou non dans le pécule castrense du fils de famille. Est-ce parce qu'il est au camp (1) que le fils acquiert des biens, ceux-ci tombent dans le pécule castrense. Les possède-t-ils abstraction faite de toute idée de service militaire, ils tombent dans le patrimoine du père.

Biens qui tombent dans le pécule. — Le métier des armes était considéré comme un honneur, aussi, dès l'origine, n'était-il pas rétribué ; chaque soldat était obligé de s'équiper à ses frais ; on comprend les inconvénients de cette organisation ; le sénat crut devoir y remédier et décréta que chaque soldat aurait droit à une solde (*stipendium*) pendant toute la durée du temps qu'il passerait sous les drapeaux. D'après Tite Live, c'est vers l'an 347 (ab Urb. cond.) que cette haute paye appelée aujourd'hui prêt (*præstare*) commença à être fournie au soldat, elle comprenait de l'argent monnayé, l'armement, l'équipement (vêtement, harnachement) et la nourriture (*frumentum*).

C'est ce *stipendium* qui doit entrer en premier titre dans le pécule du soldat ; il le mérite par son courage, il l'a

(1) Le soldat Romain faisant un service actif, vivait toujours dans un camp retranché ; même chez l'ennemi, il se fortifiait à ciel nu.

gagné au milieu des dangers ; c'est une indemnité en retour des services qu'il a rendus à sa patrie ; elle doit au premier chef être sa propriété, et c'est surtout de cet argent qu'on peut dire qu'il l'acquiert *occasione militiæ*.

Entrait aussi dans le pécule, le *donativum*, sorte de largesse que faisaient volontairement les empereurs dans les grandes circonstances ; par exemple, à leur avènement, quand ils remportaient une victoire ; volontaire au début, ce donativum, avec les ambitions de la période impériale, finit par devenir obligatoire, du moins en fait ; il devint le prix du pouvoir acheté par le nouvel empereur. Cassiodore (liv. 4, chap. 14. Variarum) nous dit ce qu'étaient les donativa ; « Donativa commoda erant quæ militibus « distribuebantur, *ultra stipendia*, mera liberalitate et « quidem diversas ob causas, quales erant victoria adoptiones vel inaugurationes Cæsarum ». La moitié de ce donativum était remise immédiatement aux soldats, l'autre leur était conservée, afin qu'ils ne s'adonnassent pas à des dépenses inutiles ou exagérées, comme nous l'apprend Végèce [Livre 2., chap. 20. De re militari] « Illud « vero ab antiquis institutum est ut ex donatiovo quod « milites consequuntur, dimidia pars sequestaretur apud « signa et ibidem ipsis militibus servaretur ne per luxum « aut inanium rerum comparisonem a conturbamentalibus « possit absumi. Seditio autem istæ pecuniæ primum « ipsis conturbamentalibus docetur accommodata. Nam cum « publica sustententur annona, ex omnibus donativis autem « getur eorum pro medietate castrense peculium ».

Tombent également dans le pécule les récompenses, les armes d'honneur décernées par les officiers à ceux qui se sont distingués par des actions d'éclat.

Et encore la part des soldats dans les dépouilles (*prædia*) prises sur l'ennemi.

Et aussi les terres qu'on accordait quelquefois aux vétérans, terres dont on dépossédait les véritables propriétaires pour payer ceux mêmes qui les expulsaient. Nous connaissons tous les justes plaintes que Virgile met dans la bouche du laboureur :

« Nos, patriæ fines et dulcia linquimus arva,

« Nos, patriam fugimus. . . . ».

[Virgile. *Eglogues*].

Enfin les distributions d'argent faites aux soldats par les généraux qui obtenaient les honneurs du triomphe, entraient encore dans le *peculium castrense*.

Tous ces biens que nous venons d'énumérer font partie du pécule *castrense*. Il en est d'autres pour lesquels la question présente des difficultés.

Ainsi, quand le fils *va partir* pour la guerre, ou *quand il en revient*, peut-on dire que les biens dont il devient propriétaire, à un titre quelconque, lui sont acquis *militiæ occasione*, et font partie du pécule ? C'est une question de fait que le formalisme quelquefois inconséquent mais toujours logique du droit romain va nous aider à résoudre.

Si le père donne à son fils des meubles au moment où il va partir pour la guerre, ces meubles tombent certainement dans le *peculium castrense*, ce sera de l'argent, des vêtements, etc..., toutes choses données *per occasionem militiæ* et qui doivent servir au fils pendant la campagne.

« Miles præcipua habere debet, quæ tulit secum in castra
« concedente patre [Loi 4, dig. 49. 17]. Quant aux immeubles donnés dans les mêmes conditions, il faut user de distinctions, si nous en croyons la loi 4 au code (Fam.

erciscundæ III 36). « Si filius familias fuisti et nos mo-
« biles vel se moventes, quæ castrensis peculii esse pos-
« sunt, donatæ tibi a patre sunt, eas quoque in cetero
« peculio castrensi, non communes cum fratribus tuis
« habes. Prædia autem licet eunti tibi in castra filio pa-
« ter donaverit peculii tamen castrensis *non sunt*. Diverso
« jure ea prædia habentur, quæ ex occasione militiæ, fi-
« liis familias obveniunt. Hæc enim peculia castrensi ce-
« dunt. » Ainsi les choses *immobilières* qu'un père donne
à son fils au moment où celui-ci va partir pour la guerre
n'entrent pas dans le pécule castrense ; c'est qu'en effet
on ne peut pas dire que les immeubles soient données au
fils à l'occasion du service militaire ; les immeubles
ne s'emportent pas dans les camps, et la preuve
qu'ils ont été donnés *occasione militiæ* serait difficile à
faire. Mais les *immeubles* peuvent, dans certains cas, faire
partie du pécule, quand il est certain que *ex occasione
militiæ filiis familias obveniunt*. C'est une question de
fait. Il ne nous paraît pas douteux que si un père donne
des immeubles à son fils pour l'encourager à servir la
patrie et à condition de prendre les armes contre l'ennemi,
les immeubles sont des bona castrensia, car alors le for-
malisme romain pourrait certainement dire que ces biens
sont acquis au fils « per occasionem militiæ » ; le service
militaire est, en effet, la cause directe pour laquelle ces
biens sont acquis au fils. Ce raisonnement qui nous pa-
raîtrait subtil aujourd'hui n'en aurait pas moins été lo-
gique à Rome.

Si le père donne au fils des biens, non plus avant, mais
après qu'il a accompli son service militaire, c'est-à-dire
à son retour des camps, doit-on dire qu'ils entrent dans
le pécule ? Non, nous dit Papinien, ces biens feront partie

d'un autre pécule (le *peculium profectitium* évidemment).
« Pater militi filio reverso. quod donat, castrensis pecu-
« lli non facit, sed alterius peculii perinde ac si filius nun-
quam militasset. » [Loi 15, pr. D. 49 17].

Les donations entre époux étaient prohibées à Rome, sauf exception. Paul, dans ses Sentences, nous apprend en effet que celles qui étaient faites *manumissionis causâ* étaient permises (1). «... servum, manumittendi causa, « invicem sibi donare non prohibentur ». Si nous supposons qu'une femme donne à son mari, fils de famille, qui va se rendre sous les drapeaux, un esclave pour l'affranchir, l'esclave deviendra-t-il *servus peculiaris* ? Les droits en retour de l'affranchissement tomberont-ils dans le *peculium castrense* du mari ? Non, dit Ulpien, « magis est ut castrensi peculio non adnumeretur, quia uxor et non propter militiam nota esset ». Mais ce n'est pas un principe absolu, et si, par exemple, l'esclave qui a été donné au mari par la femme doit lui être utile *dans son service militaire*, à un titre quelconque, s'il lui a été donné « ut habiles ad militiam servos habeat » l'esclave sera en propriété au fils, c'est-à-dire tombera dans le pécule *castrense* ; le fils pourra l'affranchir sans l'autorisation de son père : *suâ voluntate, sine patris permissu, manumittentem ad libertatem perducere*. On voit que le criterium que nous avons donné est exact. Fait partie du pécule *castrense* tout ce qui a été donné à cause du *service militaire* ; et cela est tellement vrai que le principe ne peut fléchir devant une volonté contraire comme nous l'apprend Ulpien (Loi 8) (2). Les biens légués à un fils de

(1) Paul, Sent. lib., 2. tit. 23, § 2.

(2) Voir aussi loi 16 *ibidem*.

famille par ses parents, sa femme, indépendamment de toute idée de service militaire, et à la condition cependant que ces biens tomberont dans le *peculium castrense* ne sauraient en faire partie; cette décision est conforme au principe admis en matière de pécule *castrense*: les biens donnés ne l'ont pas été à *l'occasion du service militaire*, ils ne peuvent être *bona castrensia*.

Mais une difficulté se présente ici; la loi 13 vient donner une solution contraire, et disent positivement que les biens qu'un fils de famille soldat acquiert de sa femme par succession tombent dans le pécule *castrense*.

Il y a là une contradiction embarrassante, et il est difficile de concilier le texte de la loi 8 et 16, avec celui de la loi 13; on a cependant essayé de le faire.

On a voulu prétendre que les hypothèses prévues par ces textes ne sont pas identiques; la loi 8 ne parle que d'un fils de famille sous les drapeaux, dans la loi 13 il est en guerre, il combat. C'est une distinction que nous ne trouvons nulle part dans les textes où nous avouons ne pas l'accepter, car elle nous paraît trop subtile.

On a donné une autre explication qu'on a voulu relier aux lois caducaires; ces lois faites dans le but d'encourager la propagation de l'espèce, privaient les époux qui qui n'avaient pas d'enfants de plusieurs avantages dont jouissaient les pères de famille; ils ne pouvaient se donner par succession plus de la dixième partie de leur succession. Adrien aurait levé cette prohibition par une exception de faveur, à l'égard du mari *orbus* s'il est soldat, en déclarant que sa femme pouvait lui laisser par testament tous ses biens qui tomberaient alors dans le pécule castrans car c'est bien à *cause du service militaire* que le mari possède les biens; mais, comme on l'a fait remar-

quer avec raison, les lois caducaires permettant aux époux de se donner un dixième des biens par testament, indépendamment de l'idée de service militaire, les neuf dixièmes des biens seulement auraient du logiquement faire partie du pécule.

Nous préférons une troisième conciliation des textes qui a le mérite d'être simple. Dans ce système, la loi 8 reste entière. La loi 13 est une exception de faveur qui laisse subsister la loi 8. Adrien a permis au fils de famille *militaire* de recueillir la totalité de la *succession* de sa femme. Cette exception a été comprise d'une façon restrictive et n'a pas été appliquée aux *donations* et aux *legs* dont il est question dans la loi 8. Dans les textes latins on a toujours à craindre des erreurs, des oublis, ou des interpolations de copistes ; si les textes des lois 8, 13 et 16 nous sont parvenus intacts, nous n'hésitons pas, nous l'avons dit, à accepter cette troisième interprétation ; — c'est la plus simple, c'est aussi la plus satisfaisante pour l'esprit.

Nous ne voulons pas examiner toutes les hypothèses dans lesquelles la question peut se poser de savoir si des biens font partie du *peculium castrense* ; nous croyons en avoir assez dit pour donner le caractère exact de ce pécule. Nous allons maintenant en étudier l'administration, c'est-à-dire, examiner quels sont, à son égard, les droits réciproques du père et du fils.

Droits du fils sur le « peculium castrense ».

A l'époque de Justinien, le fils de famille est complètement propriétaire de son *peculium castrense* mais il n'en n'a pas toujours été ainsi. Il paraît évident qu'à l'origine le fils n'avait guère que le droit de disposer par testament

des *bona castrensia*, et cela encore à la condition qu'il fut sous les drapeaux (Loi 12, 2 Dig. 38, 2).

Jusqu'à Adrien, le fils ne peut affranchir les esclaves faisant partie de son pécule ; l'affranchissement compte au père pour les droits de patronage, mais les biens de l'affranchi tombent dans le pécule du fils. Adrien décréta que le fils de famille soldat qui affranchirait un esclave acquerrait pour lui-même les droits de patronage. C'est ce que nous apprend un texte de Modestin qui forme la loi 8 au Digeste « De Jure patronatus » livre 37, titre 14. « *Servum a filio familias manumissum, divus Hadrianus rescripsit militen, libertum suum facere, non patris.* »

Le fils pouvait disposer des *bona castrensia* par testament, on lui permit ensuite d'en disposer par donation *mortis causa*.

On défendit de plus au père de faire, relativement au pécule, des actes d'aliénation qui devaient produire leur effet avant la mort du fils.

Puis, peu à peu, on arriva à restreindre les droits du père, et à augmenter d'autant ceux du fils sur le pécule *castrense*.

On permit au fils de disposer entre vifs du pécule *castrense* ; c'est-à-dire qu'il arriva à être pleinement propriétaire du pécule, sur lequel le père n'eut plus aucun droit, et le fils de famille fut alors considéré relativement au *peculium castrense* comme un véritable *pater familias*. Alors on put dire avec Ulpien « ... *filii familias in castrensi peculio vice patrum familias funguntur.* » Loi 2, Dig. de S. C. Maced.

Nous devons noter toutefois que, avant Justinien, si le fils n'a pas fait de testament, les biens retournent au père

jure peculii, c'est-à-dire « non quasi hereditas, sed quasi peculium. [Loi 2, Dig. 49. 17 De cast. pecul].

Justinien, dans ses Institutes, nous dit que, dans le cas qui précède, le pécule retourne non plus au père mais à la succession ab intestat du de cujus, c'est du moins ainsi que nous interprétons ce passage suivant des Institutes : (Lib. 2, tit. 12). « Si vero intestati decesserint
« [filii] nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad pa-
« rentes eorum (peculium castrense) jure communi parti-
« nebit. »

Théophile prétendait que les mots « *jure communi* » étaient synonymes de « *jure peculii* » ; mais il suffit de lire le texte précité pour se convaincre qu'il s'agit d'un véritable droit d'hérédité et la question ne saurait être sérieusement controversée.

Quoiqu'il en soit, le fils est pleinement propriétaire de son pécule, il peut donc agir, à l'occasion de ce pécule, comme tout propriétaire, et le père ne peut le lui enlever.
« Quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris
« est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris
« creditores vendere vel aliter inquietare, neque, patre
« mortuo, cum fratribus commune esse, sed scilicet pro-
« prium ejus esse qui id in castris adquisierit. »

Le fils peut administrer son pécule comme il l'entend, l'aliéner, s'engager, stipuler, il a les actions relatives à son pécule : « Actionem persecutionemque castrensium
« rerum semper filius, etiam invito patre, habet » [Loi 4, 1^o 49. 17].

Par contre, il peut être poursuivi relativement au pécule. Il est même à remarquer que les créanciers qui poursuivent les fils à raison du pécule castrense, ont sur

celui-ci un privilège à raison de leurs créances, et doivent être payés de préférence aux autres, sur les biens du pécule. C'est ce que nous apprend Ulpien [Dig. Loi 1, § 9. 42. 6. de Separat]. « Qui antequam militaret filius familias
« cum eo contraxerunt, si bona castrensia distraherentur,
« non possunt venire cum castrensibus creditoribus ». Et la créance ex peculiari causâ était tellement privilégiée, que si le père avait tiré profit de l'obligation que son fils avait contractée, les créanciers à raison de cette obligation n'avaient de recours que contre le père qu'ils pouvaient attaquer par l'action *de in rem verso* ; c'est ce que nous apprend la suite du texte précité : « Item si quid *in rem patris versum* est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, cum possit potius cum patre experiri ».

Nous parlons d'obligations contractées par le fils. On se rappelle qu'en vertu du Senatus-Consulte macédonien, rendu contre les usuriers, celui qui prête de l'argent à un filius familias est privé de toute voie de recours pour rentrer dans les avances qu'il a faites, et cela quand même le fils serait devenu *sui juris*. Ce Senatus-Consulte, comme les textes nous l'apprennent, ne pouvait être maintenu à l'égard du fils propriétaire d'un peculium castrense, puisque à l'égard de ce pécule le fils était *quasi pater familias* et le prêteur aura le même droit aux valeurs du pécule que les autres créanciers privilégiés. « Sin autem miles filius
« familias pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato
« sive consensu, vel voluntate, vel rati habitione patris,
« stare oportet contractum : nulla differentia introdu-
« cenda, ob quam causam pecuniæ creditæ, vel ubi con-
« sumptæ sint ? In pluribus enim juris articulis filiifami-
« lias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui

« juris sunt : et ex præsumptione omnis miles non creditur in aliud quicquam pecuniam accipere et expendere, « nisi in causas castrenses » [Loi 7. § 1. cod. 4. 28. ad. S. C. Mac].

Cette exception au Senatus-Consulte macédonien se trouve encore relatée au Digeste [Loi 1. § 3. 14. 6. De S. C. M.], où Ulpien s'exprime ainsi : « In filio familias nihil « dignitas facit quominus S. C. Macédonium locum habeat, *nisi forte castrense peculium habeat ; tunc enim « Senatus-Consultum cessabit* ». Ce texte est des plus clairs.

Un autre effet du pécule castrense était de rendre valable un contrat consenti entre le fils et le père : le fils qui restait par rapport au père *filius familias*, c'est-à-dire incapable, en tout autre cas, étant par rapport aux *bona castrensia* un véritable *paterfamilias*, pouvait contracter avec son père comme toute autre personne. « Si « stipulanti filis, dit Papinien, spondeat pater, si quidem « ex causâ peculii castrensis, tenebit stipulatio : ceterum « ex qualibet alia causa non tenebit » [Dig. Loi 15, § 1. 49. 17. de cast. pecul.].

Tout contrat peut-être la source d'un procès entre les parties. Bien que, en principe, le fils ne puisse diriger une action contre son père, cependant il peut le faire au cas particulier où il a un pécule *castrense* : « Vis nulla, « nous dit Gaius, nobis esse potest cum eo quem in potestatem habemus, *nisi ex castrensi peculio*. » [Dig. Loi 4 de Jud. 5, 1.] Encore faut-il que l'enfant demande la permission au Prêteur qui l'accordera *cognita causa* si l'action n'est pas infamante ou contraire à la morale, comme on le voit au Digeste [Loi 10, § 12. Liv. 2 et 4] :

« Permissurus est [pretor] si famosa actio non sit, vel
« pudorem non sugillat. »

Nous devons noter un effet de l'état militaire qui se produisait en faveur du fils de famille, et qui pour être indirect n'en est pas moins intéressant ; c'est que si un soldat institue héritier un fils de famille soldat, celui-ci peut faire action d'hérédité de son propre chef et sans l'ordre du père : « Miles filius familias a commilitone
« vel ab eo quem per militiam cognovit heres institutus
« et citra jussum patris suo arbitrio recte pro herede geret. » [Loi 5, 49 17]. Il est inutile en effet que le père autorise le fils à accepter, puisque les biens étant donnés au fils pendant qu'il est sous les drapeaux, sont des *bona castrensia* dont il aura la toute propriété et qui, par conséquent, n'appartiendront pas au père.

De même que le fils de famille soldat pouvait recevoir par testament *per militiæ occasionem*, de même il pouvait disposer de ses biens par testament ; c'est une faveur qui lui fut accordée par Auguste, désireux d'encourager le métier des armes ; faveur considérable si nous considérons qu'à Rome, contrairement à ce qui a lieu chez nous aujourd'hui, la succession ab intestat est l'exception : en effet, dit Justinien, non omnibus licet facere testamentum.

Cette faveur exceptionnelle était entourée de prérogatives toutes spéciales que nous allons examiner :

Justinien pose le principe général de la validité du testament fait par le fils de famille soldat. « Itaque si
« quod fecerint de castrensi peculio testamentum, perti-
« nebit hoc ad eum quem heredem relinquerint » [Inst. 11. 12].

La première faveur accordée au fils de famille sous les drapeaux c'est la latitude de tester en dehors des formes

prescrites aux autres personnes : “ Quamvis, dit Gaius
“ [11, 109], neque legitimum numerum testium adhibue-
“ rint, neque vendiderint familiam, neque nuncupaverint
“ testamentum, *recte nihilominus testantur.* »

“ Quoquo enim modo, dit Justinien, voluntas ejus
“ suprema, sive scripta inveniatur, sive sine scriptura,
“ valet testamentum ex voluntate ejus. ” [Inst. liv. II,
tit. 11 pr.]. Ainsi la seule volonté du fils suffit à rendre
son testament valable ; il faut évidemment quelle soit
suffisamment claire, suffisamment exprimée.

De plus, certains individus qui ne pourraient tester
dans la vie civile peuvent, en tant que militaires, faire
un testament valable ; ainsi quoique en principe, *qui de
statu suo incertus est, certam legem testamento dicere
non potest* (1), le sourd, le muet, celui qui ne sait s’il est
sui ou alieni juris, etc, peuvent faire un testament mili-
taire valable ; “ quininio, et surdus et mutus miles testa-
“ mentum facere potest (2). ”

Cependant le testament fait sous les armes, bien qu’il
soit un acte de dernière volonté, ne vaut que pendant
une année à partir du retour du soldat dans ses foyers,
post missionem ; il doit être refait après ce laps de temps
suivant les formes ordinaires : “ Ejus qui apud hostes
est, testamentum quod ibi fecit non valet, quamvis redie-
rit. ” [Inst. J. 3^o, II, 11]. Le militaire rentrant dans la
vie civile est alors soumis aux règles du droit commun.
Ici une difficulté peut être soulevée : on sait que parmi

(1) Loi 14. Dig. 28. 1.

(2) Ce texte nous prouve que le recrutement de l’armée Romaine
se faisait sur des bases très larges, ou que du moins les motifs
d’exemption du service militaire étaient plus restreints que chez
nous : En France, la surdité, la mutité sont des cas d’exemption.

les faveurs accordées aux militaires figure celle du pouvoir, contrairement à la règle : *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*, ne disposer que d'une partie de ses biens : nous venons de dire que le fils de famille soldat rentré dans ses foyers a encore le droit de disposer par testament, mais dans les formes ordinaires. Si nous supposons qu'un fils de famille a disposé par testament de son *peculum castrense*, c'est-à-dire en somme de la totalité de ses biens à un moment donné, puis qu'il en acquiert d'autres, par exemple à la mort de son père qui le fait *heres suus* : il ne jouit plus de l'exception à la règle *nemo partim* etc..... puisqu'il n'est plus militaire et rentre sous l'empire de la règle précitée, qui est la règle du droit commun et à laquelle il avait échappé eu égard à sa qualité spéciale de soldat. Q'advient-il alors ? Si nous en croyons Tryphoninus, le testament produira certainement son effet ; mais l'héritier institué devra prendre la totalité des biens (*bona castrensia et bona paterna*) ; il ne pourra prendre les *bona castrensia* seuls : « *Necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit, perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset, ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes*(1). » Ainsi suivant Tryphoninus, la situation du fils de famille dans notre espèce est analogue à celle d'un homme très pauvre qui meurt après avoir fait un testament, dans l'ignorance que les esclaves qu'il possède loin de chez lui, lui ont acquis une fortune considérable. Tout s'accorde, la règle *nemo partim* n'est pas violée ; et l'héritier sera censé avoir été institué pour le tout.

(1) Dig. Loi 19, § 2. 47. 17. De. c. pec.

Si nous supposons que le père meure *pendant que le fils est sous les drapeaux*, il est facile de voir par ce que nous avons déjà dit, ce qui arrivera. Il faudra donner une solution directement opposée. Le fils est en activité de service, la règle *nemo partim* reste ici sans application, et l'héritier institué prendra les *bona castrensia* seuls, à l'exclusion des biens du père : C'est la solution que donne Ulpien dans les termes suivants : « Filius familias ignorans patrem suum decessisse, de castrensi peculio *in militiâ* testatus sit : non pertinebunt ad heredem ejus patris bona, sed sola castrensia (1). »

Le militaire fils de famille jouissait encore relativement à son pécule castrense d'autres privilèges. En sa qualité il peut être fait prisonnier chez l'ennemi, perdre le status libertatis ; dans cet état il devrait subir la *maxima capitis deminutio* : Cependant Papinien nous dit, et c'est encore là une faveur qui s'attache à la qualité de soldat, que son testament sera valable, et que ses héritiers pourront invoquer le bénéfice de la loi Cornelia : « Filius familias si apud hostes vitâ fungatur, lex Cornelia subveniet scriptis heredibus (1). » Cette loi Cornelia (de falsis), en vertu d'une fiction, supposait que le testateur était mort au moment même où il tombait en captivité ; en conséquence, il était regardé comme n'ayant jamais été prisonnier, il n'avait pas cessé d'être citoyen romain, et jouissait de tous les avantages attachés à cette qualité.

Cette hypothèse suppose que le prisonnier est mort en captivité, mais s'il parvient à s'évader, et s'il revient à Rome, la loi Cornelia n'aura pas besoin d'être invoquée

(1) Loi 11, § 2. Dig. 29. 1. Detest. milit.

(1) Loi 14, Dig. 49. 17. de c. pecul.

pour la validité le testament : en vertu d'une autre fiction, le *jus postliminii*, le fils sera censé n'avoir jamais été chez l'ennemi, il aura toujours été citoyen, et son testament, à quelque moment qu'il ait été confectionné, sera réputé valable.

De plus il résulte de deux textes du Code que les biens donnés par testament par le fils soldat, échappaient à la restriction de la quarte Falcidie. L'un est un rescrit d'Alexandre ainsi conçu : « In testamento quidem militis « jus legis Falcidiæ cedit (1) ». L'autre est un rescrit de de l'empereur Philippe dont voici les termes : « In testa-
« mento militis legem Falcidiam, et in légatis, et fidei-
« commissa cedere explorati juris est (2) ». Les héritiers institués par le fils de famille militaire n'avaient donc à craindre aucun retranchement.

Enfin Gaius nous dit (3) que le fils de famille peut instituer héritiers des personnes qui régulièrement n'ont pas la *factio testamenti*, tels sont les cœlibes et les orbi, les pérégrins, les latins-Juniens : « Proeterea permissum est (militibus) et peregrinos et latinos instituere heredes, vel iis legare : cum alioquin peregrini quidem ratione civili prohibeantur capere hereditatem legataque ; latini vero per legem Juliam. Cœlibes quoque qui lege Julia hereditatem capere vetantur ; item orbi, id est quos liberos non habent.... ». Ceci découle du principe déjà cité ; que les militaires jouissaient à Rome de privilèges tout particuliers quant à leur testament ; pour être institué héritier par un militaire, il n'était pas nécessaire d'avoir avec

(1) Loi 7, au Code ad., leg. Falc. 50.

(2) Loi 12, au cod. De test. milit. 6: 21.

(3) Gaius, II (110 et 111).

lui la *factio testamenti*. « Nam voluntas militis in expeditione occupato pro jure servatur (1). » La volonté du soldat en expédition tient lieu de loi.

C'est encore en vertu de ce même principe que le fils de famille soldat pouvait instituer héritier les déportés, et, en général, tous ceux qui n'ont pas la *testamenti factio* avec lui : « Et deportati, et fere omnes qui testamenti factionem non habent, a milite heredes institui possunt (2) ».

Par contre, il est deux cas dans lesquels le fils perd son pécule *castrense*. C'est 1° quand il est renvoyé de l'armée *ignominiae* causâ (Loi 26, Dig. 29, 1), et 2° quand il encourt une condamnation qui donne lieu à la confiscation ; mais remarquons ici qu'il ne pourrait être question d'une confiscation proprement dite qui ne peut s'exercer que sur les biens des *patres familias* ; le pécule retournera au père.

Jusqu'à présent nous n'avons guère donné que la théorie générale du *pecule castrense*, mais le droit Romain n'était pas comme le nôtre, généralisateur, et a laissé aux interprètes modernes le soin de tracer les grandes lignes de la science juridique à Rome : c'est dire que ce travail de l'interprète n'est pas empreint du véritable caractère Romain : celui-ci étant plutôt, sans vouloir rien exagérer, ce que nous appelons aujourd'hui la jurisprudence, c'est-à-dire une série d'arrêts d'espèce, qui une fois rendus étaient érigés en véritables textes de loi. Pour nous conformer à la manière de voir Romaine, nous devrions examiner tous ces cas particuliers ; ce serait

(1) Loi 1, Code. De test. milit. 6. 21.

(2) Loi 13, § 2. D. de test. milit. 29. 1.

une énumération longue et sans intérêt ; pour terminer l'étude du pécule castrense *relativement aux droits du fils* nous citerons une dernière hypothèse prévue par la loi 1, § 15, Dig. 37, 6 : Nous avons vu plus haut que le fils de famille est propriétaire de son pécule *castrense* ; c'est évidemment en vertu de ce principe que la loi précitée le dispense de fournir à ses frères le rapport à succession appelé *collatio bonorum* : « Nec castrense, [nec « quasi-castrense] *peculium* fratribus confertur : hoc « enim præcipuum esse oportere, multis constitutionibus continetur ».

Droits du père sur le « peculium castrense ». — Nous venons de dire que le fils était propriétaire de son pécule *castrense* ; il ne faudrait pas prendre cette affirmation dans un sens trop absolu ; le fils était propriétaire du pécule, le père l'était également. Mais leurs droits se cumulaient-ils, se nuisaient-ils réciproquement ? Non. Voici, suivant nous, ce qu'il en était. Le fils était propriétaire absolument, ou si l'on veut sous la condition résolutoire et potestative dans une certaine mesure, qu'il ne fera pas de testament, car alors les biens retournent au père jure communi ; comme nous l'apprend Justinien, aux institutes (Livre 2. Titre XII). « Si intestati decesserint filii... « ad parentes eorum *peculium castrense* jure communi « pertinebit ».

Le père l'était sous la condition suspensive que le fils n'aura pas disposé des biens du pécule ; ce qui signifie que le père pouvait se livrer à des actes de disposition, c'est-à-dire se comporter comme un véritable propriétaire du vivant de son fils, à la condition que ses actes ne causassent au fils aucun préjudice de son vivant ; les

actes du père sont toujours conditionnels et à venir, la validité des opérations faites par le fils sur son pécule est subordonnée à la confection d'un testament « eo tempore
« animadvertentur hi actus quo habere effectum consuerunt, ut si sit filius, cui auferatur, nihil agatur :
« si ante decesserit, actus patris non impédiatur (1) ».

Le jurisconsulte Mœcianus a essayé de préciser cette situation du père en la comparant à celle d'un prodigue interdit ; cette comparaison nous paraît singulière, et nous eussions plutôt compris, à tout prendre, que ce jurisconsulte comparât la situation de l'interdit à celle du pater familias, l'interdiction étant pour ainsi dire l'exception à la situation normale d'une personne civile. Quoiqu'il en soit, nous ne pouvons passer cette comparaison sous silence, ne fût-ce que pour l'intérêt historique qu'elle présente. Nous l'a trouvons dans la loi 18 au Digeste, qui refuse tout effet utile à l'action *communi dividundo* intentée par le père : « Itaque negabimus patrem, filio salvo, communi dividundo agentem, proprietatem alienaturum exemplo dotalis prædii ». Ainsi le père ne peut pas plus aliéner le pécule castrans, que le mari ne pourrait aliéner le fonds dotal ; cela est naturel, car le partage est translatif de propriété, et le père ne peut du vivant de son fils aliéner les bona castrensia : « sed nec, continue la loi si socius ultro cum eo agat, quicquam agetur ; *veluti si cum eo ageriti cui bonis interdictum est* ». Si relativement au fonds commun, l'associé du fils traite avec le père, il n'y aura rien de fait, absolument comme si l'associé avait traité avec un

(1) Loi 18, § I. Dig. de C. peculio.

interdit. Il nous paraît que la comparaison n'est pas tout à fait exacte, car l'interdit ne peut jamais aliéner, tandis que le père peut aliéner les biens du pécule à la condition que l'opération ne nuise pas au fils de son vivant, comme nous l'avons vu plus haut.

Le père pourra d'ailleurs faire les actes qui sont permis à l'interdit ; aussi il pourra affranchir de l'usufruit les esclaves du pécule castrense, dégrever les biens de l'usufruit et de toutes autres sortes de servitudes, il pourra acquérir des servitudes pour le fonds castrans, toutes choses que l'interdit peut faire ; la loi précitée le permet : « servos ex eo peculio usufructu, item prædia tam usufructu quam cæteris servitutibus pater liberare poterit, « sed, et servitudes his adquirere ; et *eum cui bonis* « *interdictum est*, verum et consequi posse » (1).

En somme le père n'est pas absolument propriétaire du pécule de son fils, il ne l'est que sous condition comme nous l'avons déjà montré ; quelques exemples nous confirmeront dans cette manière de voir :

Le père qui émancipe son fils ou qui le donne en adoption ne peut retenir pour lui-même les biens du pécule *castrense*. C'est ce que nous apprend Papinien, qui nous fait remarquer que cela est d'autant plus naturel que le père n'aurait pas le droit de prendre le pécule, même si le fils restait dans la famille : « Pater qui dat in adoptionem filium militem, peculium ei auferre non potest, « quod semel jure militiæ filius tenuit, quâ ratione nec « emancipando filium, peculium ei aufert, quod nec in « familia retento potest auferre (1). »

(1) Loi 18. § 3. D. De Cast. pec.

(1) Dig. Loi 12, 49. 17.

D'après le même principe, comme nous l'apprend un texte de Paul au Digeste, un paiement fait par le père avec les biens du pécule *castrense* est considéré comme fait avec la chose d'autrui :

“ Rem autem castrensi peculii solventem patrem, “ perinde accipere debemus si *alienam* dedisset (1). »

Le vrai propriétaire du pécule du vivant du fils, c'est le fils lui-même, aussi, si le père soustrait frauduleusement des valeurs du pécule castrense il est passible de l'action de vol : “ An autem pater filio teneatur si rem ejus “ castrensis peculii subtraxerit, videamus? Et putem “ teneri, non tantum igitur furtum faciet filio, sed etiam “ furti tenebitur (2). ”

Quand le père affranchit un esclave du pécule, l'affranchissement est-il valable ? Il faut ici distinguer avec Tryphoninus. Si l'esclave est affranchi *per vindictam*, l'acte est nul par ce qu'il porte atteinte aux droits du fils vivant ; si l'affranchissement a lieu *dans le testament* du père, si c'est un affranchissement *post mortem*, l'esclave sera libre, à la condition toutefois que le fils meure intestat, ce qui est, nous l'avons vu, la condition *sine qua non* de la validité des opérations faites par le père sur les bona castrensia du fils. (3) “ Pater peculii castrensis filii servum testamento liberum esse jussit ; “ intestato defuncto filio familias, mox patre ; quæritur “ an libertas servo competat ? Occurrebat enim non posse “ dominium apud duos pro solido fuisse ; denique filium “ posse manumittere talis peculii servum, Hadrianus

(1) Loi 98, § 3. Dig. Lib. 46. tit. 3. — De solutionibus.

(2) Loi 52, § 6. Dig. Lib. 47. tit. 2. De furtis.

(3) Loi 19, § 4 ou § 3. Dig. Lib. 49, tit. 17. De p. cast.

« constituit. Et si testamento tam filii quam patris idem
« servus accepisset libertatem, et utrique pariter deces-
« sissent ; non dubitaretur ex testamento filii liberum
« esse. Sed in superiore casu pro libertate a patre data
« illa dici possunt ; numquid quoad utatur jure concessio
« filius in castrense peculio eo usque jus patris cessaverit ;
« quod intestatus decesserit filius, postlimini cujusdam
« similitudine pater antiquo jure habeat peculium, retro-
« que videatur habuisse rerum dominia. Non tamen si ut
« heres vivo filio vindictam servo imposuit, dicatur eum
« post mortem intestati filii ex illâ manumissione libe-
« rum factum esse..... » [Voyez la loi 20].

Tous les droits que nous venons de reconnaître au père s'exercent du vivant du fils ; examinons maintenant les droits du pater familias à la mort de ce dernier ; divers textes du digeste nous seront, à cet égard d'un grand secours. Nous allons indiquer immédiatement pour plus de clarté les différentes hypothèses que peuvent se présenter.

Elles sont au nombre de quatre. Le fils meurt intestat ; — le fils institue par testament un héritier qui fait adition ; — le fils institue un héritier qui n'accepte pas la succession ; — enfin, c'est le père lui-même que le fils a institué.

1^{er} cas : *Le fils est mort intestat*. Le père devient alors, avant Justinien du moins, propriétaire du pécule, non pas à titre de successeur, mais comme nous l'apprend un texte d'Ulpien [lit. 67, ad Edictum], *jure peculii*. Nous savons en effet, que dans le premier état du droit le filius familias ne peut laisser d'héritiers *ab intestat* : Le texte dont nous parlons est le suivant : « Si filius-

« familias miles decesserit, siquidem intestatus, bonaejus
« non quasi hereditas sed quasi peculium patri deferun-
« tur (1) ». Il résulte de ce texte que le père *n'acquiert*
pas les biens du pécule, il lui font, en quelque sorte,
retour. C'est alors en vertu d'une fiction, car, dans la
réalité des faits, des biens ne peuvent faire retour qu'à
une personne à qui ils ont précédemment appartenu, et
on sait que les bona castrensia ont toujours appartenu au
fils ; mais il ne faut pas oublier que nous avons accordé
au père une propriété virtuelle, soumise à la condition
suspensive que le fils n'aura pas fait de testament. C'est
ici le moment d'appliquer ce que nous avons dit plus
haut à cet égard ; les textes d'ailleurs sont formels :
« Quum nihil de peculio decrevit filius, non nunc obve-
« nisse patri ; sed non esse ab eo profectum creditur (2) »,
si le fils meurt intestat, de la loi 1, *peculium apud patrem*
remansit (3).

Il en résulte que si le père devient héritier du pécule
castrense sans le savoir, *ignorans*, s'il meurt, par
exemple, sans avoir connu la mort de son fils, il trans-
mettra à ses propres héritiers les biens du pécule

D'autres conséquences découlent encore de ce fait que
les biens du pécule retournent au père *jure peculii* et
non à titre héritier. Ainsi le père ne peut être actionné
à raison des dettes provenant du pécule que par l'action
de peculio ; on sait que cette action ne peut être exercée
que pendant une année après la mort du fils (4). Le père

(1) Loi 2, Digeste 49, 17 [De cast. pec.].

(2) Loi 9, Dig. 49, 17.

(3) Loi 1, Dig. 49, 17.

(4) Loi 1, § 1 et 4. Dig. 15. 2. Quand. de pec.

ne pourra donc être inquiété que pendant un an après le décès du *filius familias*, au lieu que s'il avait eu la qualité d'héritier il eut pu l'être toujours. De plus il ne sera tenu des dettes que dans la limite du pécule au lieu de l'être *in infinitum*. Ces explications nous sont fournies par un texte de Papinien inséré au Digeste, dont voici les termes : « Pater qui castrense peculium intestati filii « retinebit, æs alienum intra modum ejus et *annum* utilem jure prætorio solvere cogetur. Idem, si testamento « scriptus heres extiterit, *perpetuo* civiliter ut heres convenietur (1). » Nous trouvons ici un de ces nombreux adoucissements apportés par le préteur au droit civil.

Enfin une autre conséquence de ce retour des biens au père *jure peculii* se fait sentir relativement à la *collatio bonorum* : La loi 1, [De collatione bonorum], nous montre un cas où il est question d'un fils qui a un pécule castrense, et qui a été émancipé par son père. Celui-ci devra-t-il la collation des biens du pécule à la succession de son propre père ? Une distinction est nécessaire. Si, avant l'aïeul, le petit-fils propriétaire du pécule est mort *ab intestat*, son père aura toujours été propriétaire du pécule qui sera censé n'avoir jamais appartenu au fils (2) : « Si « is qui bona collaturus et habeat filium peculium castrense habentem non cogitur utique peculium conferre ; « sed si jam tunc mortuus erat filius ejus, et castrense « peculium habuit cum moritur, is cujus bonorum possessio petenda est, an conferre cogatur ? Cum autem

(1) Loi 17, de Cast. pec. 49. 17.

(2) « Postliminii cujusdam similitudine pater antiqui jure habeat peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia. » Loi 19, § 3, in fine, Dig. 49, 17.

“ vindicare id patri non sit necesse dici oportebit confere-
“ rendum, non enim nunc adquiritur, sed non adimi-
“ tur (1). ”

2^{me} cas : *Le père a été institué, par son fils, héritier du peculium castrense* — Dans ce cas le père peut accepter ou répudier l'hérédité :

a) Si le père accepte, s'il fait addition d'hérédité, nous rentrons dans le droit commun, sa qualité de père disparaît, il est *héritier*. Il sera donc poursuivi par les créanciers *ultra vires*, et cela perpétuellement.

Si le fils a institué son père, étant encore au service militaire, ou pendant l'année de son retour, *post missionem* disent les textes, le père est absolument tenu des legs ; si au contraire le fils a fait son testament après l'année qui a suivi son retour, en qualité de *paganus*, le testament tombe sous l'empire du droit commun, et le père pourra retenir la *quarte Falcidie* ; *ratione Falcidiæ retinebitur quarta* (2).

Le père pouvait-il être exclu par un codicille non confirmé par testament ? Nous avons vu qu'en l'absence d'un testament le père recueille *jure peculii*, les biens du fils. Nous savons aussi qu'un fils de famille peut disposer entre-vifs. Lequel de ces deux principes doit recevoir ici son application ? On a admis ici, que le codicille du fils valait comme disposition post mortem. De même le fils aurait pu imposer, à son père, relativement au pécule, un fidéi commis en faveur d'un étranger ; mais le père pouvait-il retenir la quarte ? nous répondrions non, puisque comme il n'y a pas de testament, le père succède alors

(1) Loi 1, § 22. Dig. Liv. 37. 6. De Collat.

(1) Voyez Loi 17. § 1. Dig. 49. 17

jure peculii, il n'y a pas d'hérédité. Paul cependant donne une solution contraire et pense, qu'il y aura lieu d'appliquer, en faveur du père, la loi Falcidie (1).

b) Le père institué héritier refuse de faire addition. Raisonnons d'après le droit commun, l'héritier institué refusant de faire addition, le testament est *destitutum*, il ne produit pas son effet, et les biens retourneront au père jure peculii. Remarquons que les biens font retour à celui là même qui a refusé d'accepter l'hérédité, mais c'est là une question de fait qui ne doit en rien influencer sur le principe. Ici une difficulté se présente ; dans le cas où le testament contient des legs à la charge du père institué qui refuse, comment les choses vont-elles se passer ? La question, on le comprend, se pose dans l'intérêt des légataires. Le testament étant par le refus du père *destitutum*, faut-il dire que les legs tomberont par là même ? C'est une question de fait, comme nous le montre le Digeste. Si le père a refusé d'accepter le testament simplement parce que les dettes du fils étaient supérieures à l'actif compris dans le pécule, les legs tomberont, il n'y a pas mauvaise foi ? « nihil dolo fecisse videbitur ». Que si le père a refusé de faire addition pour ne pas payer les legs, alors il y a mauvaise foi, et les légataires frustrés ont une action contre le père : « Prætor voluntates defunctorum tuetur, et eorum calliditati occurrit qui, ommissa causa testamenti, ab intestato hereditatem possident et in eos actionem pollicetur (2). » Cette action, on le voit, est donnée par le prêteur, qui vient ici corriger ce que le droit civil aurait de trop blessant pour l'équité et pour la volonté du testateur.

(2) Loi 18. pr. Digeste, 35. 2.

(1) Voyez aussi la loi 17. § 1. Dig. 49. 17.

3^e cas : *L'héritier institué par le fils fait adition d'hérédité.* — Dans ce cas, “ *ex nota marcelli constat neo patribus aliquid ex castrensibus bonis filiorum deberi* (1)”, le père n’a plus aucune espèce de droits sur le pécule qui appartiendra naturellement à la personne instituée.

4^e cas : *L'héritier institué refuse de faire adition.* — Comme dans notre deuxième hypothèse, les choses du pécule retourneront au père *jure peculii*. C’est du moins notre avis, car la question était controversée, et les jurisconsultes Ulpien et Papinien avaient à cet égard des idées diamétralement opposées ; Ulpien, à l’avis duquel nous nous rangeons, prétendait, à bon droit, que le père étant propriétaire du pécule, comme nous l’avons déjà montré, tant qu’il n’y avait pas eu institution d’héritier, et d’autre part, adition par l’institué, le pécule *continuait à appartenir au père* : *sed cum nihil de peculio decrevit filius, non nunc obvenisse patri, sed non esse ab eo profectum creditur.*

Papinien n’envisage que la volonté expresse du testateur, laquelle ici, est de priver le père des *bona castrensia* qui ne sauraient lui revenir *ex antiquâ causâ*, à titre de propriétaire. Ceci donné, rien ne pourra valider les opérations faites par le père sur le pécule, du vivant du fils. Cette opinion nous semble contraire aux principes généraux sur la matière, aussi sans vouloir concilier ces deux interprétations, ce qui ne résoudrait pas la question, ce qui est d’ailleurs impossible, car on ne peut concilier les doctrines de deux adversaires, nous adopterons la manière de voir d’Ulpien qui est conformes aux principes

(1) Loi 10. Dig. 49. 17. De C. pécül.

Romains sur la puissance paternelle dans le premier état du droit, c'est-à-dire à une époque où la personnalité du fils comme propriétaire, avec toutes les facultés qui découlent de cette qualité, s'absorbaient en celle du père.

Tout ce que nous avons dit relativement aux biens du pécule *castrense* n'est exact que jusqu'à Justinien. Ce jurisconsulte a introduit dans la matière des modifications importantes; nous trouvons en effet, aux Institutes un texte qui crée de nouvelles règles pour la dévolution des biens du *peculium castrense*; c'est le titre 12 (livre 2) qui s'exprime ainsi : « si vero intestati filiifamilias decesserint nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi (peculium) pertinebit ». Il ressort clairement de ce texte [qu'aucun texte du Digeste ou du code ne reproduit cependant], qu'il y avait là une succession déferée d'abord aux enfants et aux frères du défunt, et seulement à son père en cas de prédécès de ceux-ci; il y avait là un véritable système de succession ab intestat particulier au pécule du fils de famille. Ce point paraît indiscutable; mais, nous relevons dans le texte précité une expression qui a prêté à la controverse et dont nous avons dit déjà quelques mots plus haut. Justinien dit que le pécule appartiendra au père *jure communi*. Comment devons-nous interpréter ces mots? Justinien a-t-il voulu dire que le pécule appartiendra au père jure peculii, ou jure successionis? Le juris consulte Théophile prétend qu'il s'agit ici d'un retour au père *jure peculii*, « jure communi, dit-il, id est tanquam peculium paganum ». Nous avons du mal à admettre cette explication à laquelle cependant M. Ortolan a prêté l'appui de son autorité. Il nous semble en effet que le droit commun, c'est le droit fait pour tout le monde, ce n'est pas

la règle spéciale établie dans le premier état du droit pour le seul fils de famille soldat, et il est naturel que les enfants et les frères arrivant à la succession jure hereditatis, c'est-à-dire, suivant le droit commun, le père y arrive de la même façon ; si Justinien, ce grand réformateur, avait voulu maintenir à l'égard du père l'ancien système successoral, il aurait gardé le silence sur une disposition de loi existante ; et il n'est pas naturel de croire que, créant un ordre nouveau de succession, ce jurisconsulte lui eut donné si peu d'unité. M. Ducaurroy est de notre avis : « Lorsque, dit-il, les biens castrans du fils de famille décédé sont acquis au père, c'est comme *héritier* que celui-ci les obtient, et non plus comme père de famille ; car s'il meurt, comme autrefois en vertu de sa puissance paternelle, *il viendrait seul*, et ne verrait passer devant lui ni les enfants, ni les frères et sœurs du défunt ». C'est aussi l'opinion de MM. Demangeat et Accarias.

Enfin, en l'année 543 arrive la Novelle 118 (1) qui innove encore à cet égard : Nous lisons au chapitre 2 : « Si defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei superiores sint omnibus ex latere cognatis hos preponi sancimus, exceptis solis fratribus et utraque parente conjunctis, defuncto. » Aux termes de cette Novelle, le père succédera désormais, à défaut de descendants, de préférence à tous les parents collatéraux, au même rang que les frères germains. En somme, il succède comme un héritier ordinaire, et la controverse dont nous venons de parler n'a eu, on le voit, qu'un intérêt temporaire.

(1) Cap. II., De ascendentium successione.

CHAPITRE IV.

Peculium quasi-castrense.

Le *peculium quasi-castrense* fut établi à l'image du *peculium-castrense* ; on n'est pas d'accord sur l'origine de ce pécule ; on a prétendu que le pécule *quasi-castrense* n'était que le pécule *castrense* accordé aux vétérans auxquels on avait étendu le droit accordé aux militaires en activité de service ; les biens qu'ils acquéraient auraient été *pour ainsi dire castrensia, quasi-castrensia*. Cette assertion est toute gratuite et ne repose sur aucun texte.

On a dit aussi que le pécule dont nous parlons, existait déjà à l'époque classique : Un texte d'Ulpin dit en effet que ceux qui ont un pécule *castrense* et *quasi-castrense*, peuvent en disposer soit entre-vifs, soit à cause de mort. « *Coeterum qui habent castrense peculium, vel quasi-castrense, id eâ conditione sunt ut donare et mortis causa et non mortis causa possint, cum testamenti factionem habeant* (1) ».

Nous trouvons encore, du même jurisconsulte, la loi 3, § 5. (de Bonorum possessionibus) où il est dit : « *Dari autem bonorum possessio potest tam patris familias quam filii familias, si modo jus testandi habuit de peculio castrensi vel quasi-castrensi.* »

Enfin, un texte des instituts semble nous dire formellement que le pécule *quasi-castrense* existait depuis longtemps avant Justinien. Il est ainsi conçu : « *Scien- dum tamen est quod ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges quam principales constitutiones quibusdam quasi-castrensia dederunt peculia* (2) ».

(1) Loi 7, § 6. Dig. 29 5, De Donat.

(2) Institutes, Livre 2, titre 11, § 6.

Notre avis est que l'expression qu'on trouve dans Ulpien de *bona quasi castrensia* n'est qu'une manière de parler par analogie, mais qu'il n'existait pas de son temps un pécule quasi castrense proprement dit, et nous irions même jusqu'à supposer que les expressions dont nous parlons ont été ajoutées après coup ; on sait en effet avec quelle facilité se faisaient les additions et les interpolations.

Ajoutons que si le pécule quasi castrense eut existé avant Constantin, les textes nous eussent certainement appris quelles personnes pouvaient en posséder un ; nous n'avons trouvé dans aucun texte l'énumération de ces personnes.

Nous aimons mieux croire que c'est Constantin qui le premier institua ce pécule ; l'année 320 (23 mai). Nous en trouvons la preuve dans une constitution de cet empereur qui forme la loi unique au Code., liv. 12 titre 31.

[De castrensi omnium palatinorum peculio] ; laquelle donne aux officiers du palais, ut peculium castrense, toutes les acquisitions qu'ils pourront faire à l'occasion de leurs fonctions : c'est le pécule militaire transporté dans l'ordre civil.

“ Omnes palatinos rem si quam, dum in palatio nostro
“ morantur, vel parcimonia propria quæsierint vel donis
“ nostris fuerint consecuti, ut castrense peculium habere præcipimus : Quid enim, tam ex castris est quam
“ quod nobis consciis ac propre sub conspectibus nostris
“ acquiritur ? Sed nec alieni sunt a pulvere et labore
“ castrorum qui signa nostra comitantur, qui præsto
“ sunt semper actibus, quos intentos eruditi studiis itinerum prolixitas et expeditionum difficultas exercet.
“ Ideoque palatini nostri, qui privilegiis edicti uti potue-

“ runt, peculia sua præcipue retineant, quæ dum in patria nostro constituti sunt aut labore (ut dictum est) proprio, aut donatione nostra quæsierunt (1) ».

Quant aux droits du père ou du fils relativement aux biens de ce pécule nous n'avons rien de particulier à dire, toutes les règles du pécule *castrense* seront applicables au pécule quasi *castrense* : La seule différence qui les sépare c'est leur origine et leur objet. Le pécule quasi *castrense*, nous l'avons montré, et son nom l'indique fut postérieur au pécule *castrense* ; celui-ci est né du besoin qu'avaient les généraux avides de victoires de se procurer une armée nombreuse ; le second du besoin des empereurs de posséder un pouvoir solide : le pécule quasi *castrense* c'est la faveur accordée par les chefs de l'état aux courtisans pour se les attacher. Il ne faudrait cependant pas s'exagérer la portée de notre manière d'envisager la création des pécules, et il faut convenir aussi que l'introduction successive des divers pécules, a marqué les diverses étapes d'un acheminement progressif vers des idées plus justes sur la puissance paternelle, sur le droit des fils de famille d'être propriétaires, et sur ce grand principe qui est de tous les temps, que chacun a droit à l'exclu-

(1) Nous ordonnons que les officiers du palais, tant qu'ils résident à la cour, obtiennent de la même façon que le pécule *castrense* tout ce qu'ils acquièrent dans leur service, soit par leur travail, soit de notre générosité. Peut-il y avoir quelque chose de plus *castrans* que ce qui est acquis en notre présence, à notre su ; mais, ils ne sont pas étrangers à la poussière des camps ceux qui marchent sous nos aigles, qui travaillent sans cesse, ces savants que n'effrayent ni les études approfondies, ni la durée des marches ni les difficultés de la guerre. C'est pourquoi nous voulons que nos officiers, qui peuvent invoquer l'édit, conservent avant tout leurs pécules qu'ils ont acquis dans notre palais, soit par leur propre travail, soit de notre bienveillance.

sion de tout autre au produit de son travail personnel et à la récompense des services rendus.

Jusqu'à présent nous n'avons vu que les officiers du palais, à la tête d'un pécule quasi castrense : Ce droit fut étendu par Théodose et Valentinien aux archivistes, greffiers et à tous les fonctionnaires du préfet du prétoire (1) ; puis par les mêmes empereurs à tous les avocats y compris ceux plaidant près le prétoire préfectoral (2) : « Quidquid ex hujus modi professione vel ipsius occasione quæsierint, id etiam post patris obitum, præcipuum veluti peculium castrense ad exemplum militum, proprio dominio valeant vindicare ».

Léon et Anthemius étendirent cette faveur aux gens d'église, aux évêques, aux prêtres, etc. (3) : « quacunque in eodem clericatus gradu locoque videntes acquirere et habere potuerunt. »

Justinien généralisa cette disposition et l'étendit à tous ceux qui exercent à un titre quelconque des fonctions ecclésiastiques : diacres, sous diacres, chanteurs, lecteurs, enfin à tous ceux qu'on appelait *clercs*. « Presbyteros autem et diaconos et subdiaconos, cantores et lectores, quos omnes clericos appellamus, res quolibet modo ad eorum dominium venientes habere sub sua potestate præcipimus, ad similitudinem castrensium peculiorum, et donare secundum leges, et in his testare licet sub parentum sint potestate (4) ».

Nous avons aussi exposé ce qu'il y a de particulier à ce pécule, tout ce que nous pourrions ajouter a déjà été

(1) Loi 6, 12, 37.

(2) Loi 4, Code 2, 7, et Loi 8, 2, 7.

(3) Loi 34, code 1, 3.

(4) Nov. 123, chap. 19.

dit relativement au pécule castrens, aussi pour ne pas nous répéter, nous terminerons par les paroles de Pothier : « Quæ de peculio castrensi dicta sunt, et de quasi-castrensi dicenda sunt. »

CHAPITRE V.

Des biens adventices (1).

Les pécules dont nous avons parlé jusqu'à présent étaient *spéciaux* tant au point de vue des personnes qu'au point de vue des biens : Le pécule profectice dépendait de la bonne volonté du père, auquel d'ailleurs il appartenait en toute propriété ; les deux autres étaient liés à la qualité des personnes, à des fonctions civiles, au service militaire ; les biens seuls acquis, à raison de la profession en faisaient partie ; les pécules n'avaient pas encore osé détruire complètement la grande institution de la puissance paternelle, telle que les Romains la comprenaient : Ce n'est qu'avec le pécule adventice qu'on semble avoir compris et commencé à respecter le grand principe qui est applicable à tous, dans tous les temps et dans tous les lieux et qui consiste à conserver à chacun ce qu'il a acquis par son travail où ce qu'il tient de la libéralité et de la volonté d'autrui.

(1) Nous ne nous servons pas de l'expression « Pécule adventice » qui est moderne, et qu'on ne retrouve pas, par conséquent, dans les textes Romains ; Ulpien, cependant dans les *Regulæ* (6, 3) semble employer le nom de biens *adventices* par opposition à un biens *patrimoniaux* ; mais, il n'est pas question dans ce texte de pécule proprement dit : En voici les termes : « *Adventitia id est ea quæ a quovis alio data est.* L'expression de biens adventifs nous paraît, à la rigueur, plus exacte que l'autre : nous emploierons cependant indifféremment les mots « biens adventices ; pécule adventice », pour désigner la même chose, ces expressions étant généralement admises.

Le pécule *adventice* est une innovation des empereurs chrétiens, il n'existait pas à l'époque classique. C'est Constantin qui l'a établi dans une constitution rendue à Aquilée le quinzième jour des Calendes d'août (18 juillet, de l'an 316). Mais, remarquons bien que ce n'est pas là une innovation créée de toutes pièces. Constantin ne fit que se conformer à une tendance contraire à la toute puissance du père dans la famille, tendance qui commence à se manifester par la création du pécule castrans, comme nous l'avons vu, et nous oserions presque dire à l'époque où commença à exister le pécule profectice. Les empereurs activèrent, en quelque sorte, la tendance générale ; ainsi, nous voyons au Digeste (Loi 50, 36, 1) qu'un décret d'Adrien obligea un père à restituer à son fils une succession, qu'il devait lui remettre quand il serait *sui juris*, et cela avant que cette condition fut arrivée : « Imperator Hadrianus... restitui hereditatem filio jussit
« ita ne quid in ea pecunia, quamdiu filius ejus viveret,
« juris haberet ».

Nous voyons encore dans la loi 52 (29, 2) qu'un rescrit de Marcien autorise un fils à accepter une succession sans l'autorisation de son père, et à affranchir, de son chef, les esclaves qui y étaient compris, parce que le père était en démence. « Cum heres institutus erat filius, et
« habebat patrem furiosum in cujus erat potestate inter-
« ponere se suam benevolentiam D. Pius rescripsit ut si
« filius adierit, perinde habeatur, atque si pater familias
« adisset : permisitque ei et servos hereditates manumit-
« tere ».

Nous avons vu que c'est une constitution de Constantin qui créa le pécule *adventice* ; nous la retrouvons dans

la loi 1, au code (6, 60. De bon. mat.) ; elle est ainsi conçue : « Res quæ ex matris successione, sive ex testamento
« sive ab intestato fuerint ad filios devolutæ, ita sint in
« parentum potestate ut *fruendi* duntaxat habeant facultatem, *dominio* videlicet earum ad liberos pertinentente ». Ainsi le père a la jouissance des biens survenus au fils, soit par testament, soit ab intestat, celui-ci en a la nue-propriété.

Arcadius et Honorius, soixante-dix-neuf ans plus tard, augmentèrent la capacité du fils de famille, relativement au pécule adventice, en y comprenant tous les biens du côté maternel, comment qu'ils fussent acquis au fils, par donation, testament, legs, fidei-commis, etc., etc, ou par succession ab intestat. « Quidquid avus, avia, proavus, « proavia ex maternâ lineâ venientes, nepoti, nepti, pronepti, pronepti, testamento, fidei-commisso, legato, « donatione, vel alis quolibet titulo largitionis, vel etiam « intestati successione contulerint pater filio integra custodiat, ut vendere, non possit, etc. (1) »

Les empereurs Théodose et Valentinien, en 426, font tomber en la propriété du fils, les donations entre époux, de quelque manière qu'elles fussent faites : « Quidquid « vel uxor marito non emancipato, vel maritus uxori in « protestate positæ quocunque titulo, vel jure contulerit, « vel transmiserit hoc patri nullatenus acquiratur (2) ».

En 471, les empereurs Léon et Anthémios étendirent aux biens donnés entre fiancés, la faveur accordée plus haut aux époux, assimilant ainsi les donations faites entre fiancés à celles faites entre époux. « Quâ ratione,

(1) Loi 2, Code 6, 60. De b. mat.

(2) Loi 1, Code 6, 61.

« tam sponsalitiâ donationem, quam hereditatem, quam
« memoratus sponsus suam sponsam lucrari voluit, non
« acquiri patri, sed ad eam pervenire (1) ».

Enfin, Justinien, en 529, généralisa le principe en faisant entrer dans le pécule profectice tous les biens quelconques acquis par le fils, autrement que *ex substantiâ patris*. Nous lisons, en effet, dans la loi 6, au Code (2) :
« Si quis itaque filius familias, vel patris sui, vel avi,
« vel proavi in protestate constitutus, aliquid sibi acquir-
« sierit non ex ejus substantiâ, cujus in potestate sit,
« sed ab aliis quibus cumque causis, quæ ex liberalitate
« fortunæ, vel laboribus suis ad eum perveniant ; eas suis
« parentibus non in plenum sicut antea fuerat sancitum,
« sed usque ad usumfructum solum acquirat, et earum
« ususfructus quidem, apud patrem vel avum, vel proa-
« vum, quorum in sacris sit constitutus, permaneant ;
« dominium autem filiis familias inhæreant, ad exemplum
« tam maternarum quam ex nuptialibus causis filiis
« familias adquisitarum rerum ».

Ainsi, tout ce que le fils acquerra désormais à un titre quelconque, sera sa propriété, le père n'aura qu'un droit d'usufruit, c'est pourquoi, continue Justinien, « filii non
« lugebunt quæ e suis laboribus sibi possessa sunt, ad
« alios transferenda adspicientes, vel ad extraneos, vel ad
« fratres suos, quod etiam gravius multis esse videtur ».

Si nous essayons d'établir des divisions dans les biens, au point de vue de leurs rapport avec la qualité de filius familias, nous dirons, au point où nous sommes arrivés, que les biens sont de trois sortes :

(1) Loi 5, in fine, Code 6, 61.

(2) Loi 6, Code 6, 61.

Le pécule profectice, dont le fils n'a que l'administration et qui *a patre profectum*, doit en fin de compte lui faire retour.

Les pécules castrense et quasi-castrense que le fils a gagné dans les fonctions civiles ou militaires et qui sont sa propriété.

Enfin le pécule appelé adventice dont le fils a la propriété, et le père l'usufruit.

Un bien quelconque, au point de vue que nous traitons, rentre forcément dans l'une ou l'autre de ces trois catégories (1).

Nous avons vu ce qu'étaient les *adventices*, pour rester fidèles à notre plan, nous examinerons séparément les droits du père et ceux du fils, relativement à cette catégorie de biens.

Droits du père sur le pécule adventice. — Nous avons dit plus haut que le père est usufruitier du pécule adventice dont la propriété restait au fils. Il ne s'agit pas ici de l'usufruit ordinaire, c'est un usufruit privilégié, et, nous voyons, dans les faveurs spéciales dont cet usufruit était entouré, un dernier vestige du respect dû à cette puissance paternelle au caractère de laquelle on n'osait toucher qu'avec une extrême circonspection, comme cela arrive pour toutes les institutions profondément enracinées.

Comme usufruitier, le père est administrateur, et, sans doute, il doit placer tous ses soins dans son administra-

(1) Nous aurons cependant bientôt occasion de traiter d'une quatrième sorte de biens, appelés adventices *extraordinaires*; ils feront l'objet d'une division spéciale.

tion, comme le lui prescrit la loi 1. (De bonis maternis) (1), mais nous voyons d'autre part que le père est exempt en partie, des obligations qui incombent à tout usufruitier ; aussi il est dispensé de fournir caution ; « Paterna reve-
« rentia eum excusante et at ratiociniis et a cautionibus,
« et ab aliis omnibus quæ ab usufrutuariis extraneis a
« legibus exiguntur (2) ».

D'après cette loi, le père est encore dispensé de faire inventaire et de rendre compte de son administration ; il a les pouvoirs que nous allons bientôt accorder au père sur les propres de ses enfants dans l'article 389 du code civil. Un autre texte nous l'indique encore, c'est la loi 6 au § 2 : « non audeant... filiisfamilias... ratio ciniâ [patri]
« super administratione inferre ».

Le droit du père, comme usufruitier-administrateur, est aussi étendu que possible : « Habeat pater... plenissi-
« mam potestatem uti, frui, gubernareque res prædicto
« modo acquisitas (3) ». Constantin nous dit même qu'il peut agir comme un véritable propriétaire. « Omnia agere
« tanquam solidum perfectumque dominium ei acquisitum
« fuisset (4). » Enfin, le père peut tout faire sauf détériorer les biens du fils, c'est-à-dire amoindrir son patrimoine ; « quæ nullo modo proprietatem possint deteriore
« facere (5).

Mais les droits du père n'iraient pas cependant jusqu'à pouvoir aliéner les biens adventices, ou les grever de

(1) Loi 1. c. de 6, 60 « Parentes autem penes quos maternas rerum utendi fructusque tantum potestas est, omnem debent tuendæ rei diligentiam adhibere ».

(2) Loi 8. § 4., code De b. quæ liberis.

(3) Loi 6, § 2. De bonis quæ lib.

(4) Loi 1, liv. 6, tit. 60.

(5) Loi 8, § 4.

charges telles que le gage, ou l'hypothèque : « Earum
« rerum (*les adventices*) usque in diem vitæ suæ pater,
« vel avus, vel proavus usumfructum habeant, easdem
» res quocunque modo alienandi, vel pignoris, vel hypo-
« thecæ jure obligandi facultate eis penitus interdicta (1) ».
Il ressort de cette interdiction que les tiers ne pourront
acquérir par prescription les adventices du fils qui leur
auraient été vendus par le père, et que le fils pourra tou-
jours efficacement intenter l'action en revendication à
l'encontre des tiers acquéreurs. Aussi les tiers feront-ils
bien, conformément à la loi 1 (Code, De bonis maternis),
d'exiger pour leur sûreté, quand ils traiteront avec le
père, l'adjonction de fidéjusseurs, de cautions, en prévi-
sion de l'éviction qu'ils auraient à subir de la part du
fils; en admettant même qu'ils aient agi de bonne foi :
« Emptori, dit la loi, si velit, fidejussorem licebit accipere :
« quia nullam poterit præscriptionem opponere filiis
« quandocunque rem suam vindicantibus. » Si cependant
le fils de famille sort de la puissance paternelle, les tiers
arriveront par le laps de temps à prescrire les biens
acquis, autrement la vente d'un bien par un père serait
devenue presque impossible, les tiers n'ayant pas d'inté-
rêt à faire l'acquisition de choses dont ils n'étaient pas
sûrs de rester propriétaires : Aussi la loi 4 dit-elle, in
fine (2). « Nisi forte postquam potestate parentum eos
« contigerit liberari, tantum temporis effluxerit, ut ex
« continuâ et inconcussâ tenentis possessione eorum in-
« tentio excludatur : » Donc, quand le fils de famille
devient sui juris, la prescription commence à être possi-

(1) Loi 4, Code. De. b. q. lib.

(2) Loi 4, inf., Code. livre 6, titre 61.

ble pour le tiers acquéreur ; mais le texte ci-dessus ne prescrit aucun laps de temps déterminé : Il s'agit probablement ici de la prescription ordinaire de 30 ans.

Nous venons de dire que le père ne pouvait aliéner les adventices : Ce principe doit être tempéré par des exceptions, et on comprend facilement que la permission d'aliéner devait exister pour des causes de nécessité absolue ou d'intérêt évident pour l'enfant. La vente des adventices était même quelquefois pour le père une obligation.

Si nous supposons que le fils reçoive dans son pécule une succession grevée de dettes ; le père, qui cependant n'est ici qu'un usufruitier, pourra vendre les biens de la succession jusqu'à concurrence du montant des dettes : notons qu'il devait d'abord vendre les meubles, et seulement subsidiairement les immeubles : on comprend cette vente faite par le père, il y avait un intérêt, puisqu'il pouvait ainsi jouir du reste de la succession intégralement, et il évitait de payer personnellement les intérêts, comme nous l'apprend la loi 8 (1) : « Quod si pater hoc « facere superdederit, ipse usuras vel ex redditibus, vel ex « substantiâ suâ omnimodo dare compelletur. »

La même loi nous indique encore un cas analogue, dans lequel le père pouvait vendre les meubles ; c'est le cas où l'hérédité comprend des legs ou des fidéicommis, à payer en une fois ou par annuités ; si les legs, les fidéicommis sont payables par annuité le père les payera avec les revenus de son usufruit, s'ils sont suffisants ; si les legs, les fidéicommis doivent être payés en une fois, ou bien si les revenus de la jouissance paternelle sont insuf-

(1) Loi 8, § 4. De b. q. lib. [6, 61].

fisants pour les payer, le père pourra vendre les biens, en commençant par les meubles.

Le père pourra encore vendre les biens, s'il est réduit à une extrême pauvreté, pour donner des aliments à la famille. « *Ipsam autem filium vel filiam, filios vel filias, et deinceps alere patri necesse est, non propter hereditates, sed propter ipsam naturam et leges quæ et a parentibus alendos esse liberos imperaverunt, et ab ipsis liberis parentes, si ex utràque parte inopia vertitur* » [même loi § 5].

Et encore quand il y a des biens dans les successions, soit meubles, soit immeubles, qui constitueraient une charge pour le fils, ou qui compromettraient son patrimoine : mais alors le prix doit être affecté à améliorer les biens qui restent et à payer les frais de justice. Le père ne peut vendre les biens héréditaires, dit la loi 8, « *exceptis videlicet rebus mobilibus, vel immobilibus illis, quæ onerosæ hereditati sunt, vel quocumque modo damnosæ, quis sine periculo vendere patri cum paternâ pietate licet ut pretium earum vel in res, vel in causas hereditarias procedat, vel filio servetur* (1) ».

Ces cas sont limitatifs, mais sont tous placés sur la même ligne sans degrés de préférence : « *Pater in prædictis tantummodo causis habeat licentiam rite res filiorum familias vendere filii nomine: vel, pignori supponere....* ».

Le code nous dit encore : « *Non autem licentia parentibus danda extra memoratas causas res quarum dominium apud eorum posteritatem est alienare....* »,

(1) Loi 8, § 5. De b. q. liberis.

Le père usufruitier des adventices de son fils, peut intenter toutes les actions relatives à ses biens ; mais une distinction est ici nécessaire : le père exerçait les actions tantôt de son chef, tantôt au nom du fils, suivant des différences qui viennent *ex parte filii* : si le fils est pubère s'il n'est plus *in primà ætate*, le père qui veut figurer dans l'instance, soit comme demandeur, soit comme défendeur, doit, avant tout, obtenir son assentiment ; si le fils est encore *in primà ætate*, ou s'il est absent, le père peut agir de son propre chef ; cette différence ne s'explique guère que par ce fait que l'enfant qui n'est plus *in primà ætate* a une raison suffisante pour qu'on lui accorde une sorte de capacité juridique ; si le fils est absent, il est évident que cette circonstance n'est pas une raison suffisante pour que le père laisse périmer son droit d'action, droit qu'en somme, il exerce indirectement à l'occasion des biens du fils ; mais notons que, dans tous les cas, c'est le père qui supportera tous les frais ; la raison en est que le fils n'ayant qu'une *nuda proprietas*, il est juste que le père supporte les charges des biens puisqu'il en a l'usufruit, [c'est ce que nous dit la loi 8 au code. « Sumptibus videlicet a patre propter rerum incrementa faciendis; cum enim nuda proprietas apud filium inveniatur, ex quâ substantiâ possibile est eum sumptus litis dependere (1) ».

Il est des cas où le père, malgré son titre restreint d'usufruitier, avait le droit de se comporter comme un véritable propriétaire. Nous en trouvons un exemple dans la loi 8 au code : Il y est question d'un père qui accepte pour lui-même une succession échue au fils et

(1) Loi 8, § 3. Code. 6. 61.

que celui-ci a répudiée ; il pouvait arriver que, le fils étant d'avis d'accepter la succession, le père voulut la répudier, et réciproquement. Comment concilier ces deux volontés contraires. Frappé de cet inconvénient, Justinien a résolu la question dans ce sens que le père et le fils, chacun de leur côté, pourraient prendre le parti qui leur semblerait le meilleur sans que le choix de l'un influât en rien sur la situation de l'autre ; ceci a besoin de quelques explications.

Supposons d'abord que le fils soit dans l'intention d'accepter la succession qui lui est échue et que le père refuse son consentement, le fils pouvait accepter de son propre chef, et comme le père n'avait pas figuré à l'acceptation, le fils devenait propriétaire absolu des biens sur lesquels le père ne pouvait plus prétendre à son droit d'usufruit, droit qui lui eut appartenu s'il eut donné au fils son autorisation. Les biens ainsi acquis en pleine propriété au fils font partie d'une variété du pécule adventice que les commentateurs ont appelé pécule extraordinaire, pécule irrégulier, et dont nous aurons bientôt à nous occuper. Cette pleine propriété du fils eut été à cette époque, une atteinte excessive à la puissance paternelle, aussi il est à peine utile de dire qu'il y fut porté un tempérament : le fils à l'égard de ses biens, dut toujours pour paraître en justice, obtenir le consentement paternel, du moins en principe, car, si le père refusait de le donner, le fils pouvait entamer l'instance avec la seule autorisation du juge. De cette façon le respect de la puissance paternelle et l'intérêt du fils étaient sauvegardés : « *Necessitate*, dit la loi 8 (1), *per officium judiciis patri imponenda tantum*

(1) Loi 8, pr. Code lib. 6, tit. 61.

modo filio consentire, vel agenti, vel fugienti, ne iudicium sine patris voluntato videatur consistere ».

Examinons maintenant l'hypothèse inverse : Le fils voudrait répudier l'hérédité, le père voudrait qu'il acceptât : « *Liberam habere licentiam*, dit Justinien, et *patrem ipsum sibi adire hereditatem recusante filio* : » Le père pourra accepter la succession pour lui-même (2). Cette solution paraît bizarre, d'un père acceptant une succession qui, en réalité, est destinée à son fils. Si cependant on ne perd pas de vue le caractère de la puissance paternelle à Rome, puissance à laquelle on n'ose toucher qu'avec regret, si l'on se rappelle, que dans le premier état du droit, tout ce qu'acquerrait le fils était acquis au père, on comprend les motifs de la décision de l'empereur. D'un autre côté l'intérêt de l'enfant étant en jeu, il eut été injuste que le fils put éprouver du préjudice d'un acte accompli par son père, contre sa volonté ; aussi, le père aura l'hérédité avec tous ses avantages, mais aussi, avec tous ses inconvénients ; le fils ne doit pas être atteint : « *et omne, sive damnum, sive lucrum in suam habere fortunam debet pater, nullo ex hoc præjudicio filio gerendo* ».

Tout ce que nous venons de dire se réfère au cas où le fils est *major quinque et viginti annis* ; quand il est *plenæ ætatis* ; si le fils n'a pas vingt-cinq ans, dans le cas où il accepte l'hérédité contre la volonté du père, il serait injuste d'obliger le père à administrer les biens acceptés contre sa volonté, aussi dans ce cas, le juge, sur la demande du fils, pourra nommer un curateur aux

(2) Tout ce que nous disons est également vrai pour un legs, un fideicommiss, une donation.

biens. Enfin, nous savons que le mineur pouvait toujours, en demandant au prêteur la *restitutio in integrum*, soit se décharger d'une succession qu'il avait acceptée, si elle était onéreuse pour lui, soit se faire mettre en possession de l'hérédité qu'il avait auparavant refusée (Loi 8, § 1.) ; mais, pour que le fils mineur ne put se jouer des lois, il ne pouvait demander qu'une fois au prêteur la restitution : « *ne ludibrio leges ei fiant, sæpius eadem et amplecti et respuere hereditatem cupienti.* » [§ 6.].

Si larges qu'étaient les pouvoirs du père sur le pécule adventice, ils n'étaient pas illimités ; ils trouvaient une sanction et une mesure dans l'hypothèque tacite qui grevait ses biens. Disons cependant que cette hypothèque ne s'exerçait pas d'une façon générale, chaque fois que le père compromettait les biens de l'enfant. Cette hypothèque ne garantissait que la conservation des adventices venant de la *succession maternelle*. Relativement à cette hypothèque, Justinien semble se contredire. En effet, après avoir dit dans le § 2 de la loi 6, que les fils de famille n'ont pas d'hypothèque sur les biens de leur père pour garantir sa bonne administration, ce jurisconsulte ajoute au § 4, qu'il en existe une et il en cherche le point de départ : « *Sed quum tacitas hypothecas tam veteres leges in quibusdam certis casibus introduxerunt, quam nos in maternis ceterisque, quas servare necesse est et dubitatur ; ex quo, etc....* »

Nous ne voulons pas reproduire ce texte en entier. En somme, Justinien se demande si l'hypothèque remontera au jour de l'administration ou au jour seulement où le père a commis une faute ; l'hypothèque datera du jour de l'administration du père.

Dans le texte que nous avons cité plus haut, Justinien en parlant d'hypothèques précédemment accordées veut, sans doute, rappeler celle de la loi 8 au code, § 8 et 5 (De secundis nuptiis). Il y est question d'une hypothèque accordée aux enfants du premier lit pour la garantie des biens *qu'ils tiennent de leur mère*.

La contradiction apparente qui existe entre le § 2, et les §§ 4 et 5 s'explique fort bien. Comme le dit Cujas, dont l'explication nous paraît fort naturelle, le texte du § 2 est exact. Le fils n'a pas en règle générale d'hypothèque sur les biens de son père, le texte des §§ 4 et 5 ne l'est pas moins ; c'est l'exception au principe général. Le fils n'a pas d'hypothèque légale, en thèse générale ; cependant, au cas particulier où le père est remarié, le fils aura une hypothèque pour la garantie des biens qui lui viennent *de sa mère* ; on se rappelle que les biens maternels furent les premiers qui composèrent le pécule adventice.

Les fils de famille avaient encore une autre garantie contre le père à l'égard de leurs biens adventices : nous la trouvons indiquée dans un passage de Papinien (1). Il y est question d'un certain Vivius Cerealis qu'un tiers avait institué héritier sous la condition qu'il restituerait les biens à Vivius Simonides, son fils, si ce dernier venait à sortir de la puissance paternelle ; la preuve existait que le père s'était livré, à l'égard des biens du fideicom-

(1) Loi 50 Dig. Ad. S. C. Trebell. 36. 1. « Imperator Hadrianus quum Vivius Cerealis, filio suo Vivio Simonidi si in potestate sua esse desisset hereditatem restituere rogatus esset ac multa in fraudem fidei commissi fieri probaretur : restitui hereditatem filio iussit, ita ne quid in eâ pecuniâ, quamdiu filius ejus viveret jure haberet ».

mis, à des actes frauduleux ; sur la plainte du fils, Adrien ordonna que le père restituerait immédiatement les biens à son fils, et qu'il serait privé de l'usufruit auquel il a droit pendant la vie du fils : Il en résulta que les biens furent possédés par le fils à titre de *peculium castrense*.

Si nous généralisons le cas, nous pourrions dire que si le père compromettait les biens adventices, le fils pouvait toujours s'adresser à l'Empereur, qui, dans sa toute puissance, avait le droit d'apprécier le cas et de retirer au père la jouissance des biens pour la remettre à l'enfant, s'il le jugeait convenable.

Droits du fils sur les biens adventices. — Nous avons déjà montré que le fils était nu-propriétaire des biens adventices, l'usufruit appartenant au père. Nous avons déjà vu aussi que le fils ne peut pas exiger que son père fournisse caution pour son administration, ni exiger qu'il rende des comptes ; nous avons également vu que le fils n'avait d'hypothèque sur les biens du père qu'à l'égard des biens successoraux de sa mère, en cas de second mariage du père. Nous avons dit aussi que le fils ne peut exercer les actions relatives à ses biens adventices, le père seul a le droit de le faire, soit quant à la nu-propriété, soit quant à l'usufruit.

La législation Romaine, relativement aux droits du fils sur ses biens adventices, nous montre le cas assez étrange d'un propriétaire qui n'a pas le droit d'aliéner sa propriété : Le fils ne peut aliéner, à quelque titre que ce soit, ses biens adventices, sans l'autorisation de son père. Cette anomalie est due à la prépondérance de cette vieille idée qu'on eut tant de mal à déraciner, qu'il n'était pas permis de toucher à la toute puissance paternelle ; on sent encore

ici l'antagonisme de deux idées contraires, qui, devant être respectées toutes deux, et ne pouvant s'accorder entre elles, donnent naissance à des situations illogiques, à des inconséquences. Notre code civil, avec sa logique, eut certainement tranché la question en faveur de l'enfant. Celui-ci, eut-il dit, est propriétaire, et tout propriétaire possède essentiellement, en cette qualité, le droit d'aliéner sa chose ; donc, le fils de famille nu-propriétaire, peut aliéner ses biens adventices. Et, de fait, qu'est-ce qu'une nue-propriété, avec interdiction d'aliéner ? Un droit à peu près vain (1). Nous disons que cette prohibition, pour le fils, d'aliéner les adventices, est un corrolaire du respect dû à la puissance paternelle. Justinien en donne une autre raison ; mais il nous semble que c'est plutôt un prétexte qui sert à dissimuler le motif véritable de la décision. D'après lui, il vaut mieux défendre aux enfants de dissiper leur patrimoine ; c'est un moyen de mettre un frein aux ardeurs de la jeunesse, et d'empêcher les fils de famille de se préparer un avenir malheureux en dissipant follement leurs biens ». Neque « *citra voluntatem eorum quorum in potestate sunt, ulla* « *licentia concedenda dominium rei ad eos pertinentis* « *alienare, vel hypothecæ titulo dare, vel pignori assignare* « (2). Justinien donne alors les motifs de la défense ci-dessus : « *Melius est coarctare juveniles calores ne cupi-*

(1) Il se ramène à peu près dans ce cas à recueillir les produits qui n'ont pas le caractère de fruits ; ou à posséder pour soi, le trésor qu'on découvre ; il faut avouer que c'est un cas bien rare, que celui où on découvre un trésor.

(2) Loi 8, 5. Code 6, 61. Deb. q. lib.

« *dini dedit, tristem exitum sentiant qui eos post dis-*
« *persum expectat patrimonium.* » Et d'ailleurs, [c'est
Justinien qui parle] quel intérêt auraient les jeunes gens
à vendre leurs biens, puisque leurs parents sont obligés,
par le droit positif et par celui de la nature, à les élever :
« *Cur enim (sicut dictum est) parentes alere eos secun-*
« *dum leges et naturam compellantur, quare ad venditio-*
« *nem rerum suarum prosilire desiderant* (1) ». Les rai-
sons données par l'Empereur ne sont évidemment pas les
vraies, il est, en effet, trop absolu de dire qu'un enfant
n'a pas besoin de vendre ses biens, parce que ses parents
sont obligés de pourvoir à ses besoins, aussi croyons-nous
meilleur le motif que nous avons donné plus haut.

Quoiqu'il en soit, le fils de famille ne pouvait pas plus
tester sur ses biens adventices qu'il ne pouvait en disposer
inter vivos. L'empereur ajoute, dans la loi précitée : « *Nec*
de iisdem rebus testari permittimus ». Il faut chercher
la raison de cette prohibition dans un autre ordre d'idées :
nous la trouvons dans le principe général que le droit de
faire un testament est incompatible avec la qualité de
fils de famille. Il est un principe de droit, qu'on ne peut
mettre en doute, dit la loi 3 au code ; c'est que le fils de
famille en puissance ne peut faire un testament : « *Filium*
autem qui in potestate est, testamentum facere non posse
indubitati juris est » (2). C'est un principe que nous appelle-
rions aujourd'hui d'ordre public, et la ratification du père
ne pourrait couvrir la nullité du testament : c'est l'idée

(1) Loi 8, § 5, Code 6, 61. « *Non propter hereditates, sed propter*
« *ipsam naturam, et leges quæ et a parentibus alendos esse liberos*
« *imperaverunt* ».

(2) Loi 3, § 1. C. qui. testam. fac. possint.

qui est exprimée aux Institutes (1) dans les termes suivants : « *li qui alieno jure subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent, adeo quidem ut quamvis parentes eis permiserint, nihilomagis jure testari possint* ».

Le *filius familias* qui ne peut disposer de ses biens par testament, peut laisser une succession *ab intestat*. Nous allons voir, relativement à ce sujet, les modifications successives qui se sont opérées jusqu'à Justinien.

C'est une constitution (2) des empereurs Théodose et Valentin, rendue en 439 qui, la première, investit le fils de famille du droit de laisser une succession *ab intestat*. D'après ce texte, les biens du fils, s'il vient à décéder, ne retourneront plus à son père *jure peculii*. Ils formeront une véritable hérédité *ab intestat* qui ira à ses enfants. S'il meurt sans enfants, ses biens retournent au père *jure hereditate*, et non pas à l'aïeul.

Trente ans plus tard, une constitution de Léon et Athémius change l'ordre successoral dans le cas où le fils meurt sans enfants. Les biens adventices passent d'abord aux frères et sœurs germains ; s'il n'y a pas de frères ou sœurs germains, les biens passent aux frères et sœurs nés d'un autre mariage, *ex alio matrimonio*, utérins ou consanguins (3).

(1) Inst. pr. (livre 2, titre 12). — Justinien indique qu'il ne fait qu'appliquer un ancien principe (Loi 11, code 9. qui test. f. poss.): « *Nulla modo hoc eis permittimus. sed antiqua lex per omnia conservetur quæ filius familias, nisi in certis casibus, testamenta facere nullo modo concedit* ». Les mots *in certis casibus* se rapportent aux pécules *castrensia*.

(2) Loi 3. Code. De bonis quæ lib. 6. 61.

(3) Loi 4 (*ibidem*).

Nous arrivons au droit de Justinien, tel qu'il est réglé par la Nouvelle 118. Ce texte établit, pour les *adventitia* un véritable ordre de succession. Les biens appartiendront en première ligne aux descendants du de cujus ; aux frères et sœurs en concours avec le père et la mère ; à l'ascendant du degré le plus proche (du côté paternel ou maternel) et enfin aux collatéraux. La position du père est donc changée, les biens adventices ne lui font plus retour *jure peculii* mais *jure hereditatis* ; et cela seulement à défaut de descendants ; et encore, il n'arrive à la succession qu'en concours avec les frères et sœurs du de cujus, *collatéraux privilégiés*. D'un autre côté, il perd son droit d'usufruit sur les biens qui adviennent à ses cohéritiers, frères ou sœurs du de cujus. Son droit d'usufruit sur la totalité des biens est remplacé par un droit de pleine propriété sur une partie de ces mêmes biens. « Nullum usum, dit la Nouvelle, ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare quoniam pro hac usus portione, hereditas jus et secundum proprietatem per presentem dedimus legem » (1). C'est le dernier coup porté à la puissance paternelle, au point de vue des biens ; le père perd son dernier privilège, le retour des biens *jure peculii* est aboli, les biens ne lui adviennent plus que *jure hereditatis* au même titre qu'aux autres cohéritiers. En fait, la différence n'est pas énorme ; en théorie, nous trouvons là un pas énorme de fait vers la capacité du fils dans la famille.

Cet usufruit que Justinien enlève au père sur les ad-

(1) Nov. 117. Cap. 24

ventices, n'existait pas sur tous les biens sans exception. Ceux des biens, dont le père n'avait pas l'usufruit, étaient compris dans ce qu'on a appelé de nos jours le pécule adventice extraordinaire ; nous allons en faire une étude spéciale : avant d'aborder cette matière, nous dirons pour terminer , quelques mots des cas où le *pater familias* perd son droit d'usufruit.

Cas dans lesquels l'usufruit paternel s'éteint. — Nous trouvons dans les textes cinq hypothèses dans lesquels le *pater familias*, perd le droit de jouissance qu'il avait sur les biens adventices de ses enfants, nous dirons quelques mots sur chacun d'eux.

L'usufruit n'était pas éteint par la mort du nu-propriétaire : le père le conservait jusqu'à sa mort ; le code s'en explique formellement. « *Res quæ ex matris successionem.... filiis fuerint devolutæ, ita sint in parentum potestate ut utendi fruendi duntaxat habeant in diem vitæ facultatem* (1) ». Dans l'hypothèse inverse, quand c'est le père qui décédait, l'usufruit s'éteignait pour lui, il retournait à la nue-propriété dont le fils était investi ; ce cas était normal, il est presque inutile de l'indiquer. Le père peut être privé de son droit d'usufruit par l'empereur, quand il fait abus de jouissance ; nous avons déjà parlé de cette hypothèse relatée au Digeste (2). Dans ce cas encore, l'usufruit retourne au fils.

Le père peut encore être privé de l'usufruit des adventices au cas où il divorce sans causes légitimes ; cette peine se cumule avec une autre. Justinien nous apprend

(1) Loi 1., code De Bonis maternis.

(2) Loi 50. Dig., ad. S. C. Trebell. 36, 1.

que celui qui répudie sa femme sans motifs suffisants encourra une double peine. Il sera enfermé jusqu'à la fin de ses jours dans une maison religieuse ; de plus il perdra la jouissance des biens adventices de ses enfants (*Pæna injusti repudii*) (1).

Le père pouvait aussi renoncer à son droit d'usufruit, pour le rendre à son fils, ce qui était un grand avantage pour le fils, qui pouvait conserver cet usufruit sans avoir à craindre de revendication de la part des héritiers, comme nous l'apprend la loi 6 (2). « *Sin autem res sibi... acquisitas pater noluit retinere, sed apud filium aut filiam.... reliquerit ; nullam post abitum ejus licentiam habeant heredes alii patris eundem usumfructum.... sibi vindicare.* »

Enfin, au cas où le père émancipe son fils, il est privé d'une partie de l'usufruit des biens adventices. Nous examinerons, à cet égard, la législation avant et sous Justinien.

Avant Justinien, l'émancipation du fils produisait les effets suivants : Les biens maternels arrivent directement aux enfants émancipés, sans que le père ait sur eux aucun droit d'usufruit ; mais nous avons vu plus haut qu'il a droit à une part successorale proprement dite ; le pater familias perdant l'usufruit qu'il avait sur les biens de ses enfants en les faisant sortir de sa puissance, se serait gardé de les émanciper. C'est pour remédier à cet

(1) Nouvelle 134., chap. 11. (Voyez pour les causes légitimes de divorce la nouvelle 117, chap. 8 et 9).

(2) Loi 6, § 2, Code. De b. q. liberis.

état de choses que les Empereurs lui ont accordé dans les *bona materna* une part virile.

Le père a pu ne pas émanciper tous ses enfants ; c'est même le cas qui devait se présenter le plus fréquemment ; comment alors les choses se passeront-elles ? La succession se réglera conformément aux principes généraux. Le père, dans la partie de la succession dévolue aux enfants émancipés aura droit à une part virile, d'autre part, dans la partie dévolue aux enfants qui sont sous sa puissance, il exercera son droit de jouissance légale.

Le raisonnement sera le même s'il n'y que des petits enfants dont les uns sont émancipés et les autres en puissance. Seulement ici il faut faire intervenir le système de la *représentation* ; les petits fils issus d'un même père ne comptent que pour leur père.

Nota : Il n'est pas nécessaire que les enfants soient émancipés au moment de la mort de la materfamilias pour que le père puisse prétendre à sa part virile de succession. Tant que les enfants sont en sa puissance, son droit est un droit d'usufruit ; quand il vient à les émanciper, son droit change de nature, d'une part, il perd l'usufruit, d'autre part, son droit *successoral* prend naissance. Cette décision est fort sage, par les motifs que nous avons donnés tout à l'heure ; à savoir qu'on ne voulait pas détourner les pères d'émanciper leurs enfants

Sous Justinien, la législation change, le père n'a plus sa part virile en propriété, il n'a plus que l'*usufruit* sur la moitié des biens : Aussi le fils, en puissance, a la nue propriété de tous les biens adventices ; à son émancipation il acquiert un droit de jouissance sur la moitié de ces mêmes biens.

Du pécule adventice extraordinaire.

Nous devrions, pour plus d'exactitude, dire : « Des biens adventices dont le père n'est pas usufruitier ; car la dénomination de biens extraordinaires n'est pas plus Romaine que celle de pécule adventice. Nous nous servirons cependant de cette dénomination qui est généralement admise :

Entrent dans le pécule extraordinaire, avons nous dit, les biens dont le père n'a pas la jouissance légale ; nous allons en faire l'énumération (1).

Un premier cas où le pécule adventice est dit *extraordinaire*, et que nous avons déjà eu occasion de signaler, se trouve dans la loi 50 au Digeste, ad. S. C. Trebellianum (2); ce cas se présente quand le père compromet le pécule du fils ; l'empereur, dans une hypothèse spécialement prévue, ordonna que le père restituerait les biens au fils et perdrait sur eux tout droit d'usufruit.

2° Font partie du pécule extraordinaire les biens donnés ou légués à la condition que le père n'en aura pas l'usufruit. Cette condition ne peut cependant être apposée par les ascendants qu'au legs fait de la quotité disponible, c'est ce qui résulte des mots : « Postquam relinquerint « partem quæ lege debetur, quod reliquum est suæ sub-
« tiæ etc... » [Nov. 117, chap. 17].

3° Quant le legs est *personæ cohærens*, il est évident que le père n'en a pas l'usufruit : quand l'objet du legs, par exemple, est une fonction publique. « Sed si ei legatum sit aliquid, quod personæ ejus cohæret, puta

(1) Nous avons déjà cité plus haut un certain nombre de ces cas.

(2) Loi 50, Dig., Ad. S. C. Trebell. (36, 1).

jus militiæ : dicendum est posse ei restitui in integrum : Interfuit enim ejus non capi, cum hanc patri non adquireret, sed ipse haberet (1) ».

4° Si le père refuse à son fils son consentement pour accepter une succession, une libéralité, et que le fils accepte sans autorisation, le père n'a pas l'usufruit des biens.

Le père serait encore privé de l'usufruit, au cas où le fils accepterait la succession après la répudiation du père (*ibid*).

5° Sous Justinien, nous l'avons vu plus haut, le père n'a plus l'usufruit des biens du fils, il a une part d'hérédité en toute propriété. « Quoniam pro hac usus portione hereditatis jus et secundum proprietatem per præsentem dedimus legem (2) ».

6° Le père peut volontairement renoncer à son usufruit au profit de son fils, si cependant il renonce en fraude des droits de ses créanciers, ceux-ci pourront attaquer sa renonciation (3).

7° Au cas où deux époux divorcent sans motifs légitimes, la Nouvelle 132 nous apprend au chapitre 11 (4) que les époux seront renfermés dans un monastère et que le père perdra l'usufruit qu'il avait sur les biens de ses enfants. La loi 6 (5) rappelle cette prescription : « Idem

(1) Loi 3, § 7, de minoribus (4, 4).

(2) Nov. 118, ch. 2, et loi 6, C. (De bonis quæ liberis).

(3) Loi 6, § 3. De b. q. liberis.

(4) Pæna injusti repudii.

(5) Loi 6. De bonis quæ liberis, § 1.

“ est in his, quæ ex lege deferuntur liberis, parentibus
“ præsumentibus solvere matrimonium sine causis lege
“ definitis ”.

8° Si un testateur lègue au fils des esclaves à la condition qu’il les affranchira à sa mort de lui testateur, les esclaves seront les affranchis du fils, le père n’aura sur eux aucun droit de jouissance : “ Nullum impedimentum
“ paterna faciat auctoritas. Qualis enim ususfructus
“ potest ei acquiri, qui momentarius esse ostenditur ? Si
“ enim in ipso momento necesse habeat eum et possidere
“ et libertate donare, in talem hominem, qualis usus-
“ fructus patri potest acquiri ? (1) ”

Nous venons d’énumérer les adventices extraordinaires, le père n’ayant pas sur ces biens, comme sur les adventices proprement dits, un droit d’usufruit, nous n’avons plus ici à étudier les droits corrélatifs du père et du fils sur les biens : nous allons seulement voir quelle était la situation du fils par rapport aux biens adventices extraordinaires.

Le fils avait la nue propriété et l’usufruit de ces biens, c’est-à-dire qu’il en avait la *pleine propriété* : avait-il sur eux les droits d’un *plein propriétaire* ; la question peut paraître étrange, nous allons cependant voir que cette propriété du fils se trouvait atténuée par un principe contraire. Il ne peut disposer des *bona extraordinaria* par testament ; nous avons vu en effet que sauf les exceptions relatives aux *peculia castrensia* et *quasi castrensia* il est absolument interdit aux fils de famille de faire un

(1) Loi 8, § 6 in fine. De b. q. lib. 6. 61.

testament : « Non tamen omnibus licet facere testamen-
tum ; statim enim ii qui alieno juri subjecti sunt, testa-
menti faciendi jus non habent, adeo quidem ut quam-
vis parentes ei permiserint exceptis militibus, quibus
de eo quod in castris adquisierunt permissum est.....
testamentum facere(1) ». Justinien, d'ailleurs, fait remar-
quer qu'à l'égard de l'incapacité de tester pour le fils de
famille, il laisse subsister l'ancien principe, il s'en ex-
prime formellement au code (2) : « Nemo..... existimet
aliquid esse innovandum, aut permissum esse filiis fami-
lias..... testamenta facere sine patris consensu..... Nullo
etenim modo hoc eis permittimus ; *sed antiqua lex per
omnia conservetur*, quæ filiis familias *nisi in certis casi-
bus* testamenta facere nullo modo concedit... » Les mots
in certis casibus se réfèrent évidemment aux deux pécu-
les *castrense* et *quasi-castrense* ; du reste la loi 12, au
même titre, qui arrive immédiatement après, confirme
notre opinion. Mais si le fils ne peut donner par testament
ses adventices extraordinaires, rien ne s'oppose à ce qu'il
ait relativement à ces mêmes biens des héritiers ab intes-
tat, puisqu'il en est plein propriétaire.

Le fils ne peut donner ses biens par testament, peut-il
le donner *mortis causâ*, « Hæ mortis causâ donationes,
dit Justinien, ad exemplum legatorum redactæ sunt per
omnia.... à nobis constitutum est ut per omnia *ferè* le-
gatis connumerentur ». Ces donations sont donc, d'après
Justinien, *presque semblables* aux legs.

(1) Inst. J. liv. 2, tit. 12, pr.

(2) Code, liv. 6, tit. 23, (Loi 11).

Mais la Novelle 117. (Chap. I), nous dit que le fils même en puissance, peut disposer, par le mode qu'il voudra, des biens qu'il a acquis comme héritier. « *Licentiam habeant quo volunt modo disponere* ». Le premier de ces deux textes ne fait pas une assimilation complète entre le legs et la donation à cause de mort; c'est donc que les deux modes de disposer ont des dissemblances; nous dirons qu'une de ces dissemblances consiste précisément en ceci que le fils de famille en puissance ne pourra faire un legs, mais pourra donner à cause de mort; le second texte que nous avons cité le permet, et ses expressions sont absolument générales; le fils peut disposer de ces biens comme il l'entend.... et, par conséquent, ajouterons nous, à cause de mort. Dans une espèce que nous avons citée plus haut, le fils, à qui l'empereur a fait rendre par son père, l'hérédité à lui acquise, est assimilé relativement à cette hérédité au fils *soldat*, or, celui-ci pouvait donner *mortis causa*. Nous trouvons encore au Digeste: « *Filius familias qui non potest facere testamentum, tamen mortis causa donare patre permittente potest* (2) ». Ce texte est décisif, le fils de famille, même celui qui ne peut faire un testament, peut faire une donation à cause de mort.

Le fils de famille pouvait certainement disposer entre vifs de ses biens adventices extraordinaires, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux: *quo volunt modo disponere licentiam habeant*.

(1) Inst., livre 2, titre 7, § 1.

(2) Dig. 39. 6. (Loi 25).

Le fils peut intenter les actions relatives aux biens dont nous parlons et y défendre, cependant il lui faut l'autorisation paternelle pour figurer dans un procès. « *Agenti, vel fugienti ne iudicium sine patris voluntate videatur consistere* » (1). Il résulte de ce texte que c'est le respect dû à l'autorité paternelle qui nécessite cette autorisation du père.

En somme, sauf la restriction que nous avons faite pour le testament, le fils à la pleine propriété de ses adventices extraordinaires, et il en a, par conséquent, la libre administration. Cependant, il est un cas où il ne l'a pas : si le fils est mineur, les biens à lui donnés seront administrés par la personne indiquée par le donateur ou le testateur. Si cette personne vient à mourir, le juge nommera un curateur aux biens jusqu'à la majorité de l'enfant, époque à laquelle il aura la libre administration des biens (2).

Nous allons bientôt retrouver les biens adventices dans notre vieux droit écrit, où la tradition romaine est restée longtemps en vigueur. Nous ne voulons pas retracer les progrès accomplis successivement par le droit romain relativement à la personnalité du fils dans le *status familiae*, ce serait recommencer notre étude. Nous sommes arrivés avec les adventices extraordinaires à un moment où le fils de famille est presque aussi capable dans le droit civil qu'il l'était auparavant dans le droit politique ; nous sommes loin de l'époque où le jurisconsulte Gaius pouvait

(1) Loi 8, Code pr. De bonis quæ liberis.

(2) Nouvelle 117, chap. 1. § 1. Ut liceat matri.

poser le principe « Qui in potestate nostrà est nihil summi habere potest ». Si nous ajoutons que certaines fonctions publiques faisaient complètement sortir le fils de la puissance paternelle, nous verrons combien cette puissance paternelle romaine, si absolue et si égoïste dans les premiers temps, tendait à prendre un caractère de plus en plus humain, et combien, à cet égard, les règles qui la régissaient, tendaient de jour en jour à se rapprocher de celle de notre droit actuel.

FIN



DE L'ADMINISTRATION

DES BIENS DES MINEURS

SOUS L'AUTORITÉ PATERNELLE

DANS LE DROIT FRANÇAIS

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

RELATIVEMENT A L'ADMINISTRATION DES BIENS DES
MINEURS.

Il est difficile de donner une idée générale de ce qu'était la puissance paternelle au point de vue de l'administration de biens des enfants dans notre ancien droit; au milieu de la diversité des coutumes on a peine à trouver un principe dominant. La plupart des auteurs ont traité avec abondance de la *garde* et n'ont rien dit, ou presque rien dit, de l'administration que nous appelons aujourd'hui légale: on trouve quelquefois cependant les mots de *garde* et de *légitime administration* employés comme synonymes, pour désigner une seule et même chose; mais, il paraît évident que la garde désigne la tutelle, ou qu'elle n'a lieu, pour éviter le mot de tutelle, que quand l'un des époux est décédé. Aussi nous ne dirons que peu de mots de la garde noble et bourgeoise et cela pour deux raisons: la première, que nous venons de dire, est que la garde n'a pas lieu *durant le mariage*; la deuxième est que la garde n'a pas, à proprement parler, de rapport direct avec la *puissance paternelle*; c'est une institution qui tient à l'organisation politique. Comme nous l'apprend de Ferrière (1): « La garde n'est qu'une suite du droit des *fiefs*: comme ils ne se donnaient d'abord qu'à vie, dès qu'ils furent devenus héréditaires, les seigneurs voyant

(1) De Ferrière, *Dict. de droit et de prat.*, tome I, page 369. [Paris, M D C C L X X I, chez Bauche, quai des Augustins.]

que les fiefs pourraient échoir à l'avenir à des *mineurs* dont ils ne tireraient aucun service, se réservèrent en quelques lieux la jouissance de ces fiefs pendant la minorité féodale de leurs vassaux, à l'effet d'employer une partie des fruits de ces fiefs pour payer en la place de ces mineurs des personnes de qui ils pussent tirer quelques services : en d'autres endroits ils permirent aux *plus proches parents* des mineurs, du côté que les fiefs leur seraient échus, de les desservir... ».

« Le droit que les seigneurs accordèrent aux parents de leurs vassaux mineurs fut appelé *baillie* ou *garde*, et les parents *baillistres*, c'est-à-dire *gouverneurs* ».

« En plusieurs endroits on restreignit la garde *aux pères et mères* ».

Pour ne parler que de la *puissance paternelle*, de Ferrière nous apprend dans le même ouvrage (1) que « la puissance paternelle est un droit accordé au père, ou autre ascendant mâle et du côté paternel sur la personne et les biens des enfants qu'ils ont par les voies que les Loix autorisent ».

« Et sur les biens ». Le père avait donc des droits sur les biens de ses enfants légitimes : avait-il celui de les administrer ? Il nous paraît évident qu'il pouvait le faire dans la mesure de l'usufruit, les deux choses étaient corrélatives. Nous croyons même que le père avait l'administration de tous les biens que ses enfants pouvaient posséder en propre ; nous le croyons quoique, et même parce que les auteurs n'en ont rien dit : ils ont regardé la puissance paternelle comme une institution tenant tellement au droit naturel qu'ils n'ont pas même songé à la

(1) Tome II, *verbo* « Puissance paternelle ».

réglementer, tant il était évident pour eux que le père, en cette qualité, devait naturellement administrer les biens de ses enfants incapables ; aussi ont-ils négligé de le dire. C'est du reste, dans une certaine mesure, l'idée qui a dominé l'esprit des rédacteurs du code relativement à l'article 389, parce que c'est une idée qui s'impose et que la question de savoir si les biens des mineurs, sous l'autorité paternelle, seront administrés par un autre que le père peut fort bien ne pas se présenter à l'esprit. D'ailleurs, il est un principe de raison, c'est que les biens des incapables ne peuvent rester sans administration. Dès lors, quoi de plus légitime, et cela dans tous les temps, que d'en confier la gestion au père, protecteur naturel et légal de l'enfant.

Nous pouvons donc poser le principe que le père avait l'usufruit et l'administration des biens de ses enfants mineurs ; mais, ce principe serait trop absolu ; une distinction devient nécessaire si on se souvient que la France fut sous l'empire de deux législations distinctes : le *droit écrit*, apporté par les Romains dans le midi de notre pays ; le *droit coutumier*, inspiré des coutumes germaniques que la conquête Franque avait importées dans le Nord.

Droit écrit. — Dans les pays de droit écrit, c'est le droit romain qui est en vigueur. « Dans les pays qui sont régis
« par le droit écrit, on appelle fils de famille tout enfant
« qui est en la puissance de son père, quand même il
« serait majeur. Cette puissance produit plusieurs effets :
« le premier est qu'elle donne au père le droit de jouir par
« usufruit de tous les biens qui appartiennent à ses
« enfants à quelque titre que ce soit, excepté des biens

« qu'ils ont acquis à la guerre, au barreau, ou au service « de l'Eglise » (1). On voit que, sauf exception, le père avait plein pouvoir sur les biens de ses enfants : c'est le système des *pécules* de Rome ; et de fait, dans l'ancien droit écrit nous retrouvons les quatre *pécules* profectice, castrense, quasi-castrense et adventice. Sur ce dernier seulement nous aurons à dire quelques mots.

Le père avait en principe l'usufruit de tous les biens *adventices* de ses enfants, même de ceux qu'ils possédaient dans les pays de coutume, comme nous l'apprend Bretonnier (sur Henrys), tome 2, livre 4, question 16. Cependant ce principe admettait des exceptions : l'émancipation du fils obligeait le père à restituer, mais il gardait l'usufruit de la moitié des biens pour prix de l'émancipation ; au dire de Bretonnier, le père, en fait, n'usait pas de cette prérogative et restituait les biens à l'enfant sans restrictions.

Le père n'avait pas l'usufruit des biens de ses enfants compris dans un bénéfice ecclésiastique.

Ni des biens donnés à l'enfant à la condition que le père n'aurait pas l'usufruit des biens *adventices* de son enfant, si celui-ci a une habitation séparée.

Le père, cohéritier de son fils dans la succession d'un frère de ce dernier, n'avait aucun droit de jouissance sur les biens qui étaient échus à son fils.

Le père n'avait pas l'usufruit des biens que le fils avait acquis à titre gratuit, par donation, legs ou succession, sans qu'il ait donné son autorisation à l'acceptation.

En somme, dans le droit écrit, le système romain était resté en vigueur. Aussi, pour ne pas répéter ce que nous

(1) Argou, *Inst. au droit français*, livre 1, chap. IV.

avons déjà dit précédemment, étudions maintenant l'administration paternelle dans le droit des coutumes, c'est-à-dire dans ses origines véritablement françaises.

Droit coutumier. — Dans les pays de coutume, disait-on, *droit de puissance paternelle n'a lieu* (1). Si nous prenions cette affirmation à la lettre, nous serions amenés à dire que le père n'avait ni autorité sur la personne, ni pouvoir sur les biens de ses enfants, ce qui serait évidemment erroné, car la plupart des coutumes font mention de la puissance paternelle. Ce qu'il faut entendre par ces mots : « Puissance paternelle n'a lieu, » c'est que « Puissance paternelle *de Rome* n'a lieu » ; mais, il y avait certainement, en France, une puissance paternelle avec un caractère propre, du moins dans chaque coutume, car, nous l'avons déjà fait remarquer, il est presque impossible d'extraire de tous les textes si divers sur la puissance paternelle un principe général.

La puissance paternelle, disons-nous, n'existait plus dans nos coutumes *telle qu'elle était à Rome* : « Nous n'avons plus cette extrême puissance, dit Taisand (Sur « Bourg., titre 6, art. 3), car la politesse qui est naturelle « aux Français, et les mœurs douces et modérées de notre « nation ne pouvant s'accommoder des lois rigoureuses des « Romains, en ont retranché l'incapacité pour les enfants « de gouverner leurs biens et d'en disposer ». Les enfants, nous disent plusieurs coutumes, « sont en la mainbournie de leur père » : la mainbournie ou le fait *de porter protection* aux enfants (*mund, beran*), c'est le *mundium* germanique, c'est le pouvoir institué *en faveur de l'enfant* ;

(1) Loysel, *Inst. coutumières*, tit. 1, chap. 1; *Reg.* 37.

la puissance paternelle romaine, c'était le pouvoir établi *en faveur du père* : on voit combien la différence est grande.

Quelques coutumes cependant [Bretagne (art. 529) et Saintonge (art. 2)] avaient conservé le principe romain. Dans la coutume de Bretagne (*loc. cit.*), « tout ce que les
« enfants non émancipés acquièrent par marchandise ou
« autre voie est au père, au cas qu'il le veuille avoir et le
« déclare ainsi en son vivant ».

La coutume de Vermandois est moins absolue ; le père n'y a plus que la jouissance, à laquelle l'administration est certainement corrélatrice. Nous y lisons (art. 56) :
« Si aucun héritage est donné à un enfant mineur non
« émancipé et étant en puissance de père, les fruits dudit
« héritage appartiennent audit père, qui en jouit jusqu'à
« ce que cet enfant soit en âge de vingt ans, marié ou
« émancipé, demeurant toutefois audit enfant la propriété
« dudit héritage ».

De Ferrière, dans son *Dictionnaire de droit et de pratique*, au mot « Puissance paternelle », s'exprime ainsi :
« Il n'y a parmi nous que les enfants nés en légitime ma-
« riage ou qui ont été légitimés qui sont sous la puissance
« de leur père. A l'égard des bâtards non légitimés, ils
« ne sont point sous la puissance de leur père, *quia ne-
« que gentem, neque familiam habent* ».

« Dans la plupart de nos coutumes, les pères n'ont
« guères plus de pouvoirs sur leurs enfants que les tuteurs
« en ont sur leurs pupilles, car ils n'ont que le soin de leur
« éducation et *l'administration de leurs biens*, jusqu'à ce
« qu'ils soient majeurs ou émancipés d'âge par lettres du
« Prince ».

Il faut remarquer ici que ce que de Ferrière appelle l'ad-

ministration des biens, c'est tout à la fois l'administration et l'usufruit ; dans l'ancien droit, les deux choses sont inséparables.

Il nous dit encore au mot « Administrateur » : « Administrateur est celui qui a le soin de la personne et des biens de quelqu'un. *Un père, par exemple, est appelé légitime administrateur de ses enfants, il peut en cette qualité recevoir et donner des quittances pour et au nom de son fils mineur, mais la qualité d'administrateur n'est pas suffisante pour qu'il puisse aliéner ou engager ses immeubles* ». Il ressort de là, qu'alors comme aujourd'hui, l'administrateur légal, ou plutôt le *légitime administrateur*, n'avait pas le pouvoir de se livrer sur les biens de ses enfants à des actes de disposition.

Le même de Ferrière au mot « Enfants » nous donne des renseignements plus précis ; il établit distinctement la différence faite par le code civil, dans les articles 389 et 390, entre l'administration du père et la tutelle : « Enfants mineurs qui ont *père et mère*, n'ont besoin de tuteur ni de curateur : il est vrai que leur âge ne leur permet pas de se conduire eux-mêmes et d'avoir l'administration de leurs biens ; mais tant qu'ils ont père et mère, on leur laisse [aux père et mère] ordinairement la conduite de leurs enfants et l'administration de leurs biens ».

Bourjon nous dit que la puissance paternelle avait lieu même à Paris ». Cet auteur ajoute (titre V) : « Hors le cas de garde noble ou bourgeoise, les pères ne font pas siens les fruits et revenus des biens de leurs enfants : ils en sont *comptables* s'ils les ont perçus ».

Et au Chapitre II, n° 3 : « Cette dépendance des enfants à l'égard des parents n'emporte pas, comme on vient

« de le voir, la perte de leurs revenus dont ils ont le droit
« de *démander compte*, déduction faite de leur dépense
« légitime ».

Ainsi donc à Paris, suivant cet auteur, les biens du fils n'étaient pas acquis au père, il n'en avait que l'*administration* et il était *comptable* (conf., art. 389, C. C.).

Dans la coutume d'*Auvergne*, le père (chap. II, art. 2) est *administrateur légitime* des biens adventices de ses enfants ; il fait les fruits siens, il n'est pas tenu de faire inventaire, ni de rendre compte.

L'article 308 de la coutume du *Poitou* dit que le père, noble ou roturier, n'est ni tuteur, ni curateur de ses enfants : on l'appelle « *loyal administrateur d'iceux* », parce qu'il a l'*administration* de la personne et des biens, sans être tenu à fournir un inventaire.

Dans les coutumes du *Bourbonnais* et du *Berry*, la puissance paternelle a la plus grande analogie avec la garde noble ou bourgeoise : ces coutumes la font subsister après le décès de la mère, et donnent au père veuf la jouissance des biens maternels jusqu'à ce que les enfants soient en état d'en jouir eux-mêmes.

Merlin, dans son *Répertoire de Jurisprudence*, parle de la *légitime administration* ou *loyale administration* (voyez ces mots). Suivant lui, ce serait, à proprement parler, l'usufruit. Voici, en effet, comment il s'exprime à cet égard : « C'est ainsi que quelques-unes de nos coutumes « nomment un des effets de la puissance paternelle en « vertu duquel le père a ordinairement l'usufruit des « biens de ses enfants sous diverses modifications ». Cet auteur, à propos de la coutume du *Nivernais*, nous renvoie au commentaire de Guy-Coquille sur l'article 2, lequel s'exprime ainsi : « *Tutelle légitime et administra-*

« *tion légitime*, à parler proprement, sont deux choses
« diverses. Le père se dit *légitime administrateur* de son
« enfant qui est en sa puissance, et quand l'enfant est
« émancipé, le père devient *légitime tuteur*, mais, selon
« le commun usage, les deux mots sont confondus ». Il
faut donc prendre garde, quand on trouvera cet expres-
sion de *légitime administrateur*, que la confusion des
mots n'amène une confusion dans les idées, puisque le
mot *administrateur* est quelquefois pris dans le sens de
tuteur, comme cela a précisément lieu dans la coutume
du Nivernais (voyez art. 2 et 9).

Nous trouvons dans les *Institutes coutumières* de
Loysel, commentées par de Laurière (1), des détails assez
précis sur la *légitime administration* ; nous les reprodui-
sons textuellement :

Livre 1, Titre IV : « *Bail, garde, mainbour, gouver-
neur, légitime administrateur et régentant* sont quasi
tout un ; combien que jadis en encore en aucuns lieux
garde se dit en ligne directe et bail en ligne collatérale ».

De Laurière ajoute : « Comme les fruits et les revenus
des biens adventifs et maternels des enfants appar-
tiennent à leurs pères *légitimes administrateurs*, ce
n'est pas sans raison que l'auteur a mis dans cette règle
que le gardien, le bail et le *légitime administrateur* sont
quasi tout un ».

« Il faut cependant remarquer qu'il y a cette différence
entre le bail et le gardien et le *légitime administrateur*
que les mères comme les pères ont le bail ou la garde de

(1) *Institutes coutumières* de M. Loysel, avocat au Parlement.
— 2^e Edition, augmentée par de Laurière. Paris, chez Nion aîné,
rue du Jardinot [Année M. DCC LXXXIII, tome 1].

leurs enfants, au lieu *qu'il n'y a que le père seul*, contre la disposition des loix romaines, *qui soit légitime administrateur de leurs biens* adventifs et maternels, et que le droit de bail et de garde est une suite du droit de fief ; au lieu que *la qualité de légitime administrateur appartient au père en conséquence de sa puissance paternelle*, suivant la loi *Cum oportet* au code, *De bonis quæ liberis* ».

Dans la coutume de Châlons (art. 8), le père avait l'usufruit et l'administration des biens de son fils sous les conditions ci-après : « Si aucun héritage est donné à « un fils ou fille de famille, les fruits et profits du « dit héritage appartiennent au père tant et si longuement qu'il a son dit enfant en sa puissance et jusques « à ce qu'il soit émancipé, marié ou aagé de vingt ans, « demeurant toutesfois la propriété dudit héritage au « dit enfant sinon que l'héritage fut donné à charge et « condition que ledit fruit et profit n'appartint au « père. . ».

La coutume de Sedan, dans son article 7, s'exprime dans des termes presque identiques.

Dans les coutumes de Douay et Orchies, le père avait certainement l'administration des biens de ses enfants. *De puissance de père et de mère*, art. 3 : « Enfans sont « réputez aagés, à scavoir, le masle à l'eage de quatorze « ans attendant les quinze, et la femelle à l'eage de onze « ans complets attendant la douziesme jusques auquel « eage ils sont réputez en minorité et ne sont habiles de « contracter ne autrement disposer de leurs biens ».

La coutume de Saint-Mihiel nous dit, dans son article 16 : « Les enfans sont sous la puissance de leur père « n'est qu'ils soient émancipés de lui ».

Et la coutume de Gorze, article 17 : « Enfans pro-

“ créez en loyal mariage sont et demeurent en la puis-
“ sance de leur père, mère, ou tuteur, jusques à leur
“ mariage ou émancipation », et article 33 : “ Père et
“ mère n’ont aucun droit en ce que l’enfant de famille,
“ par son travail ou industrie, s’est acquis hors la mai-
“ son paternelle ».

La coutume du Bassigny appelle le père *administrateur légal*. Cette coutume s’exprime ainsi au titre VII [Des Tutelles et Curatelles] : art. 72 : “ Le père est *admi-
“ nistrateur légitime des biens de ses enfants* et de la
“ personne d’yceux, et fera les fruicts siens s’il est noble
“ jusques à ce qu’yceux en personne soient aagez suffi-
“ samment, ou qu’ils seront mariez ; et sera tenu en ce
“ faisant payer les debtes personnels, les nourrir, alimen-
“ ter et entretenir et à la fin de ladite *administration*
“ rendre lesdits héritages en bon estat : et est tenu le
“ père de faire inventaire desdits biens, et les rendre à
“ sesdits enfants l’usufruict finy ». Le père, on le voit,
a dans cette coutume, comme aujourd’hui sous l’empire
du code, la jouissance et l’administration des biens (art.
387 et 389, C. C.).

La coutume d’Orléans traite indirectement de l’admini-
stration paternelle, dans le titre IX [Des enfants qui
sont en leurs droits et hors la puissance paternelle] :
sans dire positivement que le père avait l’administration,
la coutume nous apprend qu’il peut la perdre ; l’article
181 s’exprime ainsi : “ Quand enfants ayant père ou mère
“ sont mariés, ils sont hors puissance et garde de leurs
“ père et mère, soient nobles ou non nobles, et sont répu-
“ tés usant de leurs droits pour avoir *l’administration de
“ leurs biens*, et non pour vendre, engager, etc... ».

Dans la coutume de Berry (art. 22) : “ Le père est

« *légitime administrateur* des biens maternels et autres
« adventifs appartenant à ses enfants estant en sa puis-
« sance... et fait les fruits siens jusques à ce que les
« masles soient aagés de dix-huict ans, et les filles de
quatorze ans ».

La coutume de Bar est à peu près muette sur notre
matière : nous lisons dans l'article 66 du « Nouveau
commentaire sur la coutume de Bar-le-Duc avec celle de
St-Mihiel dont le texte est joint par Jean Le Paige
l'aîné (1) : « Père ou mère noble est privilégié de prendre
« le bail et garde noble de ses enfants mineurs dans si
« longuement qu'il demeure en viduité, mais s'il convole
« en d'autres noces, le juge ordinaire peut pourvoir de
« tuteur ausdits mineurs pour la conservation de leurs
« droits et biens ».

« La garde noble est une grâce que la loi accorde aux
« pères et mères, aïeuls et aïeules nobles *par les suffra-*
« *ges de la nature*. La coutume ne donne ce privilège à
« nulle autre personne. En cette coutume le gardien noble
« tient lieu de tuteur, puisque le tuteur n'est donné aux
« mineurs que dans le cas de secondes noces ».

Relativement au droit du père de famille en Lorraine,
nous lisons dans les « Remarques d'Abraham Fabert sur
les coustumes générales du duché de Lorraine, ès Bailla-
ges de Nancy, Vosges et Allemagne », article 16 : « Les
« femmes mariées sont en la puissance de leurs maris,
« *les enfants de familles en celle de leurs pères*, et les
« mineurs ou autres réputés tels, en la tutelle de leurs
« gardiens, tuteurs ou curateurs ».

(1) A Bar-le-Duc, chez Jean Lochet, rue du Bourg, au *Laurier
couronné* [2^e édition].

Abraham Fabert fait la remarque que : « les enfants de famille sont en la puissance du père du droit diuin et humain ; du diuin avant la Loy escrite, car autrement Abraham n'eut pas esté asseuré de l'obeyssance d'Isaac qu'il voulait immoler des-jà grand et puissant pour se deffendre ».

Les coutumes, en général, sont muettes ou à peu près, comme nous l'avons pu voir, sur le devoir d'administration du père, et même sur la puissance du père en général, pendant le mariage. Presque toutes, ou du moins un grand nombre, règlent ses droits à la dissolution du mariage, et le nomment *gardien* de son fils mineur : Qu'est-ce que la *garde* dont parlent les coutumes ? Nous allons en dire quelques mots.

DE LA GARDE.

A la mort du père ou de la mère, il y a lieu d'ouvrir la tutelle des enfants mineurs : cette tutelle peut être de deux sortes : ou bien c'est la tutelle de Rome à la fin de laquelle le tuteur est obligé de rendre compte et qu'on appelle pour ce motif tutelle *comptable* : celle-ci ne doit pas nous occuper.

Ou bien celui qui l'exerce jouit de certains avantages ; il fait siens les *fruits des fiefs*, et quelquefois même les meubles ; c'est la tutelle *fructuaire* ; on l'appelle *garde* ou *bail*.

Nous avons dit en commençant cette étude que la garde était liée aux *fiefs*. Jusqu'au moyen-âge, le seigneur pouvait exiger le service des armes de son *vassal* : si celui-ci était mineur il ne pouvait le fournir, et le seigneur re-

prenait le fief jusqu'à la majorité de son vassal : il en avait *la garde* et la jouissance.

Il arrivait que, pour se décharger de la garde du fief, le seigneur la remettait aux mains *des parents du vassal* avec ses avantages et ses inconvénients.

Ceci n'était possible qu'entre nobles ; mais il y eut des exceptions et, en 1371, les bourgeois de Paris obtinrent la faveur d'être *gardiens* des biens de leurs enfants et petits-enfants mineurs ; ils avaient aussi la jouissance et l'administration des biens. Cette faveur s'étendit dans bon nombre de coutumes.

Garde noble. — La garde noble s'ouvrait à la mort du père ou de la mère : elle n'était pas dative, mais déférée par la loi seule, c'est-à-dire par la coutume. Elle n'appartenait pas aux mêmes personnes, suivant les coutumes.

Dans l'Ouest, elle appartenait au survivant des père et mère.

Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, elle passait aux ascendants à défaut des père et mère : à Paris, elle passait à l'aïeul seulement ; à Orléans, à l'aïeul, puis au bisaïeul et même aux collatéraux ; mais ceux-ci étaient *baillistes* et non *gardiens* : ils n'avaient pas l'usufruit, le bail étant une tutelle comptable.

Notons que si la garde était *légale*, elle n'était pas *obligatoire* : ce ne pouvait être une fonction publique. Le gardien, en effet, pouvait dépenser de ses deniers, à l'occasion de la garde, plus que ne lui rapportait l'usufruit qu'il avait sur les biens du mineur, car il était obligé, en sa qualité, d'élever le mineur *suivant son rang* et de payer ses dettes : la garde aurait donc pu être très onéreuse et il était fort juste qu'elle ne fut pas imposée.

Elle est déférée, tantôt *ipso jure*, comme à Orléans, tan-

tôt avec des formes solennelles comme à Paris où le gardien acceptait devant le juge, à l'audience. Celui qui la refusait était obligé d'en faire la notification au greffe dans la quinzaine, et de requérir la nomination d'un *tuteur* à peine de dommages et intérêts.

La garde est sujette à des charges et à des avantages : comme avantages le gardien avait, à Orléans, la jouissance des immeubles et la pleine propriété des meubles ; à Paris, il avait également la jouissance des immeubles et la jouissance seulement des meubles.

Le gardien était tenu aux obligations de tout usufruitier : il devait acquitter les charges annuelles, telles que les arrérages des rentes constituées, etc., etc.

Il prenait soin de la personne du mineur qu'il devait élever non d'après ses ressources, mais d'après son rang.

Il était tenu de payer les dettes du mineur corrélatives aux biens sujets à la garde.

Ces deux obligations, nous l'avons dit, étaient souvent onéreuses pour le gardien.

Enfin, il n'était pas tenu de fournir caution, mais il devait faire inventaire.

La garde prenait fin à la majorité du pupille : cette majorité variait suivant les coutumes ; par l'émancipation, par la mort naturelle ou civile.

Elle cessait encore par le convol en secondes noces du gardien. A Orléans cependant, et dans quelques coutumes, il y a une exception en faveur du père, lequel conserve la garde bien qu'il se remarie. On pouvait aussi destituer le gardien en cas de malversation ; enfin, il est certain qu'à la mort du gardien, la garde cessait également.

Garde bourgeoise. — La garde bourgeoise fut instituée

sur le modèle de la garde noble à laquelle elle ressemble, sauf quelques différences que nous citerons rapidement. Elle n'est pas déférée aux mêmes personnes, ainsi jamais l'aïeul n'y arrive; le gardien bourgeois, contrairement au gardien noble, fournit caution; la majorité bourgeoise a lieu plutôt que l'autre (14 et 12 ans au lieu de 20 et 15 ans suivant qu'il s'agit des garçons ou des filles).

La garde est devenue l'usufruit légal de l'article 387, mais elle a changé de caractère, la révolution ayant aboli, par les décrets du 15 mars 1790 et du 15 avril 1791, toutes les prérogatives de la noblesse, et par conséquent les privilèges résultant des *fiefs*.

Pour revenir à l'autorité paternelle proprement dite, si nous essayons d'arriver à une conclusion, en extrayant de toutes ces coutumes si différentes dont nous n'avons cité qu'un petit nombre un principe dominant, nous nous trouvons en présence d'une généralisation fort difficile à faire. Nous pouvons dire cependant que la plus grande partie des coutumes n'ont pas même parlé d'une administration exercée par le père sur les biens de ses enfants; que certaines coutumes en ont bien parlé, mais les unes tout à fait accessoirement, les autres pour relier cette administration à l'usufruit légal; quelques-unes enfin pour faire des deux choses une seule institution, de sorte que les mots *administration* et *usufruit*, seraient dans ces coutumes, deux mots synonymes, deux expressions identiques, deux manières d'exprimer la même chose. Il résulte de là, nous semble-t-il, que notre ancien droit a conservé, en cette matière, les principes du droit naturel qui sont de tous les temps; principes en vertu desquels le père se trouve naturellement, nous dirions presque fata-

lement, investi du soin de protéger les biens comme la personne de ceux qui sont nés de lui. Pourrait-on dire, comme cela semble résulter à la rigueur de certains textes cités plus haut, que l'administration des biens du fils par le père est le corollaire du droit de jouissance que celui-ci avait sur les biens de celui-là ? Il est bien vrai que tout droit à un usufruit comprend le droit d'administrer les biens sur lesquels il s'exerce, et cette seconde explication pourrait également se soutenir. Cependant, si nous abandonnons un instant le droit positif pour n'examiner que la logique pure, ne nous apparaît-il pas d'une manière évidente que, en l'absence d'une règle, la raison indiquera toujours et seulement le père, qui a, entre tous, les droits et les devoirs de protection les plus directs sur son enfant, comme étant celui qui, à l'exclusion de toute autre personne, quelle qu'elle soit, doit, à tous les points de vue, être investi de droits et astreint à des devoirs envers ceux à qui il a donné le jour, ne serait-ce que pour la raison qu'il leur a donné le jour et qu'il leur en est comptable. Ces principes sont tellement de l'ordre de la nature et du domaine de la raison que, comme nous l'avons dit en commençant, et pour parler de la puissance paternelle au point de vue spécial auquel nous l'envisageons, — l'idée que les biens d'un enfant seront administrés par un autre que le père, peut fort bien ne pas se présenter à l'esprit —. Et si nous ajoutons à cela que la loi positive dérive de la loi naturelle, nous nous expliquons parfaitement pourquoi la plupart des coutumes sont muettes sur l'administration paternelle, et pourquoi celles en petit nombre qui en parlent ne le font qu'en passant. C'est que les unes comme les autres n'ont pas jugé utile de réglementer ce qui

existait déjà, c'est-à-dire le droit naturel ; et le droit naturel, ici, c'est que l'administration des biens des enfants doit être exercée par le père.

Le droit intermédiaire ne s'est pas occupé de l'administration légale, au moins directement. Nous n'y trouvons, en effet, que le décret du 28 août 1792 qui déclare que les majeurs ne seront plus soumis à l'autorité paternelle : le droit d'administrer leurs biens échappa par conséquent au père.

Nous arrivons à la législation du Code Napoléon : nous allons voir comment il a entendu réglementer l'administration du père sur les biens de ses enfants, et, en même temps, nous constaterons combien, à cet égard, il a été incomplet.

CODE CIVIL

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS DES MINEURS PENDANT
LE MARIAGE DES PÈRE ET MÈRE (ART. 389, C. C.).

CHAPITRE I.

SECTION I.

Qu'est-ce que l'administration légale ?

Le code civil ne renferme qu'une disposition relative à l'administration des biens des mineurs du vivant des père et mère (1), c'est l'article 389 improprement placé par les rédacteurs dans le chapitre II du titre X, sous la rubrique « De la tutelle » et qui aurait plus logiquement trouvé sa place au titre « De la puissance paternelle », puisque la matière qui nous occupe est un attribut de cette puissance. Notre article est ainsi conçu : « Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. — Il est comp-
table, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance ; et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usu-fruit ». La seconde partie de l'article est fort claire,

(1) A véritablement parler, le code en renferme une autre, c'est l'article 141, mais il a un objet tout spécial ; nous aurons d'ailleurs bientôt occasion de l'étudier.

tout le monde la comprend de la même façon, et pas un jurisconsulte n'en conteste le sens. Il n'en est malheureusement pas de même de la première proposition qui, malgré sa concision, ou plutôt à cause de sa concision, a ouvert un libre champ à la controverse ; et nous croyons pouvoir affirmer, sans exagération, que l'article 389 est un des textes du code civil qui ont le plus prêté à la discussion sans que celle-ci ait donné lieu à des résultats pleinement satisfaisants. Aussi, le parlement s'est-il ému de cette incertitude qui fait varier même la jurisprudence sur une matière d'une importance si réelle, et nous espérons que bientôt cette question sera réglée d'une manière exacte. En effet, depuis qu'une loi nouvelle, à la date du 28 février 1880, a réglé sur un point important la situation des mineurs sous la puissance tutélaire (1), on devait naturellement songer à régler d'une façon précise la situation de ce même incapable sous l'autorité paternelle : c'est ce qui eut lieu en effet, et quand le Sénat, à la séance du 17 février 1880 eut à délibérer sur le projet de la loi ci-dessus, un de ses membres, M. Gazagne, proposa un amendement ainsi conçu : « La présente loi sera appliquée au père, administrateur légal dans les cas : 1° de « séparation de corps obtenue contre lui ; 2° de séparation de biens ; 3° d'expropriation ; et 4° de faillite ou de « déconfiture. Les formalités prescrites par la loi seront « surveillées par un curateur *ad hoc* dans les formes « indiquées par l'article 7 ». Combattue par M. Denormandie, comme portant atteinte à l'autorité du père de famille, cette proposition fut repoussée. Elle n'en eut

(1) Nous étudierons plus loin cette loi pour examiner les rapports qu'elle peut avoir avec notre matière.

pas moins pour effet d'attirer l'attention du Gouvernement ; il présenta, en effet, à la séance de la Chambre des députés du samedi 26 novembre 1881, un projet de loi relatif à l'administration légale qui fut sur sa demande renvoyé à l'examen des bureaux.

Enfin, peu de temps après le 13 décembre, M. Bisseuil présenta à la Chambre, sur la même matière, un autre projet qu'il a bien voulu nous communiquer, projet dont il demanda également le renvoi « à l'examen de la commission déjà nommée pour examiner le projet du Gouvernement (1) ». Ces deux projets ne peuvent avoir pour résultat que le vote prochain d'une loi complète sur cette matière si discutée. Quant à présent, la question reste entière avec tout son intérêt d'actualité. C'est dans cet état qu'elle s'offre à notre analyse ; ajoutons que nous serions heureux de voir la loi nouvelle conserver à l'autorité paternelle, même au point de vue spécial qui nous occupe, son caractère élevé et en quelque sorte *nécessaire*.

La première question qui se présente à notre examen est celle-ci : Qu'est-ce que l'administration légale ? Quels en sont les caractères ? Sur ce point déjà, la doctrine et la jurisprudence varient : l'article 389 spécial à la matière ne nous apprend rien ; aussi devons-nous chercher ailleurs la solution de la question : nous la trouverons dans les principes généraux, et surtout dans les travaux préparatoires.

Une première opinion tend à assimiler l'administration légale à la tutelle. En effet, disent ceux qui la soutiennent, l'article 389 est placé le premier dans une section qui a

(1) Nous reproduisons à la fin de notre thèse le texte des deux projets.

pour titre : « De la tutelle des père et mère », qui est renfermée elle-même dans un chapitre (le chapitre II du titre X) intitulé : « De la tutelle ». Cet argument suffit à lui seul pour prouver que le législateur a entendu confondre l'administration légale avec la tutelle pour ne faire des deux qu'une même institution : que si, en effet, il avait voulu en faire deux puissances distinctes, il aurait eu grand soin de placer l'article 389 sous le titre IX qui traite tout spécialement de la puissance paternelle. Or, il ne l'a pas fait, c'est donc en connaissance de cause qu'il a placé notre article là où il est.

Cet argument n'est pas concluant et il est aisé d'y répondre : l'article 389, mal placé à la rigueur, a été inséré là pour servir de transition naturelle entre les deux matières de la puissance paternelle et de la puissance tutélaire. Nous voyons dans l'article 389 que *durant* le mariage le père est légitime administrateur des biens de ses enfants; puis, dans l'article qui suit, qu'*après* la dissolution du mariage la tutelle appartient de plein droit à l'époux survivant; la conclusion à tirer de la lecture de ces deux articles, c'est que la tutelle ne commence qu'à la mort de l'un des époux; qu'avant cette époque, c'est-à-dire pendant le mariage, il ne peut être question d'un état de choses qui prend précisément naissance à sa dissolution, que tutelle et mariage sont deux idées qui ne peuvent coexister (1). Or, pendant le mariage il n'y a pas de tutelle, d'autre part il y a administration légale (art. 389), donc l'administration légale n'est pas la tutelle.

En faveur de l'opinion que nous combattons, on avait essayé de dire que le père tenait ses pouvoirs sur ses en-

(1) Sauf évidemment le cas de second mariage.

fants de *l'autorité paternelle*, que, pendant comme après le mariage, il avait sur eux la même puissance, celle que le code appelle « puissance paternelle » ; qu'en ce qui concerne l'administration des biens, le père l'avait pendant et après le mariage ; mais, tandis qu'elle s'appellera pendant le mariage « administration légale », elle prendra à sa dissolution le nom de « tutelle ». Puis, s'appuyant sur l'argument tiré de la place qu'occupe notre article dans la section I, les partisans du système concluaient que la tutelle n'était que la continuation de l'administration légale : différence dans les noms, mêmes conclusions pratiques. Ce système ingénieux est presque abandonné aujourd'hui et, du reste, il ne se soutient pas. Si l'administration légale se continuait après le mariage, pourquoi lui aurait-on donné un nom nouveau ? C'eût été obéir à des préoccupations bien secondaires ; et, comment admettre, d'ailleurs, que le législateur, si précis partout ailleurs, eut ici en quelque sorte volontairement jeté le trouble dans les esprits pour une simple question de mots ? On ne peut le supposer, aussi n'insisterons-nous pas sur cette opinion, qui, nous l'avons dit, ne compte presque plus de partisans.

Marcadé explique comme nous, bien que d'une façon un peu différente, la place qu'occupe l'article 389 : « Il est facile, dit-il, de s'expliquer cette transposition par la pensée qu'ont eue les rédacteurs de régler dans une même série d'articles l'administration des biens de l'enfant depuis son bas âge jusqu'à sa majorité ou son émancipation en le considérant successivement pendant l'existence de ses père et mère (art. 389) ; après la mort de l'un d'eux (art. 390-396) ; après la mort de tous deux (art. 367 et s.) ».

Les partisans de la doctrine que nous réfutons tirent argument des « projets » qui ont été présentés lors de la discussion du code civil. Cambacérès a présenté trois projets sur notre matière : dans le premier, après avoir défini la tutelle « une charge publique », il ajoute que « à l'égard des père et mère.... la tutelle est une suite de leur obligation envers leurs enfants (art. 2) ; ils en sont les tuteurs naturels, ils doivent.... administrer leurs biens ». Il n'y a donc, nous dira-t-on, qu'une sorte d'administration des biens de mineurs, c'est la tutelle appelée administration légale pendant le mariage ; mais celle-ci ne serait, en quelque sorte, que l'espèce dans le genre. — Cambacérès dit encore, dans le second projet : «... les premiers *tuteurs* sont les père et mère », et dans le discours qui précéda son troisième projet : « L'autorité des père et mère sur leurs enfants est dans son *essence* la même que celle du tuteur ».

De tout cela, dira-t-on, il résulte bien qu'il n'y a pas deux choses distinctes, l'administration légale et la tutelle : il n'y en a qu'une, la tutelle.

Mais nous répondrons facilement à ces arguments : il nous suffira pour cela d'en appeler de Cambacérès à Cambacérès lui-même. Lorsqu'on discuta au Conseil d'Etat le projet du code, ce projet, renfermant un article 12 ainsi conçu : « Le père constant le mariage a jusqu'à la majorité de ses enfants non émancipés, l'administration et la jouissance des biens qui leur adviennent... », fut présenté à l'étude des tribunaux qui l'admirent sans observation. Quant le projet revint au Conseil d'Etat, il arriva ce qui eut lieu également pour d'autres dispositions, l'art. 12 disparut on ne sait comment : c'est alors que Cambacérès qui remarqua une lacune dans la loi,

fit, pendant la discussion, cette observation que « les mineurs fils de famille ne peuvent être en tutelle ; que le *père est plus qu'un tuteur* ; qu'il gouverne son fils en vertu de la *puissance paternelle* et sans qu'il soit besoin de lui déférer la tutelle ». Cet argument fait tomber celui de nos adversaires : il prouve bien que l'administration légale est autre chose qu'une variété de la tutelle, une institution à part. — Nous ajouterons de plus que l'administration du père est la règle de droit commun, la règle normale, ce n'est que quand la puissance paternelle vient à manquer qu'arrive, seulement alors, une administration qui a été créée pour la remplacer : qui donc oserait dire qu'une institution de droit naturel, telle que la puissance paternelle, emprunte ses règles à une institution artificielle comme la tutelle, qui n'est destinée qu'à lui succéder imparfaitement ? Lors de la discussion, M. Tronchet l'a bien fait remarquer : « Le père *père* et le père *tuteur* ne sont pas la même chose ».

L'administration paternelle est donc différente de la tutelle et ne se confond nullement avec elle. Cependant Vallette n'en persiste pas moins à dire qu'on devra, « par analogie, appliquer à l'administration du père les règles de « l'administration du tuteur ».

MM. Rolland de Villargues et de Fréminville, tout en étant moins absolus, veulent cependant qu'en règle générale le père administrateur suive pour aliéner les biens des mineurs les mêmes règles que le tuteur.

A ces opinions nous préférons, sans cependant l'adopter sans restrictions, l'opinion de M. Demolombe. Suivant ce jurisconsulte, ce qui fait la différence entre les deux institutions c'est que l'une *n'est qu'une* administration, tandis que l'autre est une tutelle *proprement dite*, d'où cette

conséquence que les règles applicables à la tutelle en tant que tutelle ne seront pas applicables à l'administration légale ; au contraire, les dispositions *placées au titre de la tutelle* et qui n'ont rien d'exceptionnel, de spécial, qui sont plutôt des règles de droit commun, seront appliquées par voie d'analogie, d'après l'intention présumée du législateur, à l'administration légale. M. Demolombe est de notre avis quand il applique à notre cas les règles générales en matière d'administration ; mais il s'en écarte quand il veut les appliquer par voie d'analogie. Quand il s'agit d'appliquer des principes généraux, on doit les appliquer comme tels, et nous croyons inutile, et même inexact, d'emprunter à la tutelle des principes généraux réglementant la tutelle comme toute autre administration pour les appliquer à l'administration légale. Enfin, le savant professeur, qui distingue bien les deux institutions au début, semble les confondre un peu plus loin quand il admet pour l'administration paternelle un conseil de famille [temporaire il est vrai] et un tuteur *ad hoc* dans certains cas. Il reproche à M. Duranton d'admettre en cas de contrariété d'intérêts entre le père et l'enfant la nomination d'un subrogé-tuteur : la différence ne serait pas très grande, ce serait toujours le régime de la tutelle. Suivant nous, on ne pourrait nommer, nous le dirons plus loin, qu'un administrateur *ad hoc*. On nous objectera peut-être que nous cherchons ici une querelle de mots, mais nous répondrons que, suivant notre système, nous bannissons toute expression pouvant rappeler la tutelle, institution à laquelle nous croyons que l'administration légale doit rester tout à fait étrangère.

MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain hésitent, et pour éviter de se prononcer, donnent une réponse imperson-

nelle. Nous lisons en effet (Comm., tome I, n° 589) : « On
« s'accorde à reconnaître que les règles établies dans la
« section VIII pour l'administration du tuteur, sont, en
« général, applicables à l'administration légale du père.
« Il est vrai que les travaux préparatoires du code civil
« peuvent laisser quelque doute sur ce point, car le con-
« seil d'Etat, en admettant la rédaction de l'art. 389 telle
« que l'a proposée le Tribunat, a supprimé un deuxième
« alinéa ainsi conçu : « Tout ce qui intéresse la propriété
« des biens sera réglé par la disposition de la section VIII ».
« Mais on peut expliquer cette suppression en ce sens que
« les règles de l'administration du tuteur ne sont pas
« toutes applicables à l'administration légale ».

Le vague de l'observation précédente ne permet pas d'en tirer un argument sérieux en faveur du système de nos adversaires, et nous avons à leur opposer des raisons bien meilleures tirées des travaux préparatoires, raisons que nous allons exposer.

Quand la Section de législation proposa l'insertion de l'article 389 qui n'existait pas dans le projet de la Commission, le rapporteur fit les observations qui suivent :
« La section pense que le premier article de ce chapitre
« (De la Tutelle) doit énoncer en termes précis la qualité
« du père par rapport aux biens des enfants mineurs.....
« Jamais, jusqu'à ce jour, le père ne fut qualifié *tuteur* de
« ses enfants avant la dissolution du mariage. Si, pen-
« dant que le mariage existe, la loi n'admettait aucune
« différence entre le père et le tuteur proprement dit, il
« faudrait que le père fut, par rapport aux biens per-
« sonnels de ses enfants, assujetti durant le mariage à
« toutes les conditions et charges que la loi impose au
« tuteur. Il faudrait que le père fut sous la surveillance

« d'un subrogé-tuteur, sous la dépendance d'un conseil
« de famille, etc..., ce qui répugne aux principes cons-
« tamment reçus.

« Il paraît évident que jusqu'à la dissolution du ma-
« riage, le véritable titre du père, et le seul qu'il puisse
« avoir, dans l'hypothèse dont il est question, est celui
« d'administrateur ».

Nous entrons pleinement dans cet ordre d'idées qui est d'ailleurs conforme aux précédents historiques. L'ancien droit distinguait nettement l'administration paternelle de la tutelle : cette *légitime administration*, basée sur les sentiments paternels, avait toute l'extension que nous prétendons lui donner aujourd'hui et n'était pas renfermée dans les règles étroites de la tutelle, règles superflues suivant nous. Pourquoi, en effet, nommerait-on pour surveiller le père un subrogé-tuteur puisque la mère est là qui, protectrice naturelle, surveillera l'administration du père bien mieux qu'un étranger ? D'ailleurs, pendant le mariage des père et mère, les enfants ont rarement des biens personnels, rarement aussi ils seront avec leur père en opposition d'intérêts. En effet, si l'enfant acquiert quelque bien, ce n'est le plus souvent que d'après l'ordre légal des successions, au décès de son père ou de sa mère, c'est-à-dire au moment même où il échappe à l'administration paternelle pour passer sous celle d'un tuteur. Il arrivera bien que l'enfant acquerra par son travail des biens personnels, mais il est rare qu'ils soient considérables : que s'il acquiert directement des biens, par donation ou par succession, ces biens lui viennent de parents qui ont voulu en priver son père ou sa mère, ou d'étrangers, d'amis de la famille, qui n'ont pas voulu que leurs biens passassent aux mains de leurs propres parents. Ces

hypothèses seront rares par cela même qu'il faut supposer aux disposants des motifs d'inimitié graves envers ceux auxquels leurs biens auraient dû naturellement advenir.

M. Berlier concevait bien l'administration légale comme un devoir particulier, indépendant de la tutelle, quand il disait dans l'exposé des motifs : « Tout mineur n'est pas « nécessairement en tutelle, celui dont les père et mère « sont encore vivants trouve en eux des protecteurs naturels ; et, s'il a quelques biens personnels, l'administration en appartient au père. La tutelle commence au « décès du père ou de la mère, car alors en perdant un « de ses protecteurs naturels, le mineur réclame une « protection plus spéciale de la loi ». Ceci est très exact ; la tutelle commence à la dissolution du mariage, parce que, à partir de ce moment, l'enfant a besoin d'une « protection *spéciale* de la loi », avant l'amour de ses deux auteurs, garantie naturelle, le protège suffisamment.

Ceci résulte encore plus clairement du retranchement que subit l'article 389 *in fine*. La rédaction primitive se terminait par cette phrase : « Tout ce qui concerne la « propriété des biens sera réglé par les dispositions de la section VIII ». Cette section, on le sait, est celle qui règle l'administration du tuteur : or, cette phrase, fut, en fin de compte, retranchée ; c'est donc qu'on n'a pas voulu soumettre l'administration paternelle aux règles de l'administration tutélaire. Cette discussion, ce retranchement font tomber l'argument de certains adversaires qui prétextent un oubli de rédaction. M. Aubry, nous prête l'appui de son autorité quand il dit : « Il nous « paraît facile d'expliquer cette suppression ; l'alinéa dont « s'agit a été retranché comme étant à la fois dangereux

« et inutile : dangereux, en ce qu'il pouvait conduire à
« une application générale et absolue des dispositions de
« la section VIII du chapitre II du titre de la tutelle à
« l'administration légale du père et amener ainsi une
« interprétation qui eut été entièrement opposée aux vues
« manifestées dans les observations du Tribunat ; inutile,
« en ce que restreint aux actes de disposition, ce troi-
« sième alinéa énonçait une idée qui résultait déjà suffi-
« samment du premier (1) ».

Nous croyons en avoir assez dit pour montrer la grande dissemblance qui existe entre les deux institutions dont nous parlons ; aussi, rejetant les systèmes mixtes qui ont été émis en matière d'administration paternelle et qui tantôt empruntent, tantôt rejettent les règles de la tutelle, nous en adopterons un que nous croyons le plus conforme à l'esprit général du code et aux vues du législateur. C'est ce système que nous allons étudier dans les pages qui vont suivre : il est simple, il ferme, croyons nous, le champ à la controverse, et, nous croyons pouvoir dire qu'il a le mérite de l'*unité*. Nous pouvons dès à présent le formuler : nous le ferons en deux propositions :

1^o L'administration légale est une institution d'ordre public tout à fait étrangère à la tutelle, en vertu de laquelle le père (art. 389) [et à son défaut la mère (art. 141)] ont l'administration des biens de leurs enfants mineurs pendant le mariage.

2^o Cette administration est large et sans contrôle : l'administrateur peut faire avec la plus grande liberté tous les actes d'administration.

(1) *Revue de droit français et étranger*, année 1844, tome 1, p. 671.

Pour faire les actes de disposition, il n'a besoin que d'une autorisation donnée sur requête par le tribunal, en chambre du conseil, le ministère public entendu (1).

Nous rejetons donc toute règle de la tutelle; nous n'admettons pas l'existence d'un conseil de famille, quel qu'il soit; ni la surveillance d'un subrogé-tuteur dont nous avons déjà indiqué l'inutilité; nous nous refusons à grever les biens d'un père administrateur de l'hypothèque légale de l'article 2121 (conf., art. 2117): cette hypothèque venant se joindre à celle déjà si lourde dont jouit la mère ruinerait le crédit du père. De plus, suivant nous, les motifs d'excuse, d'incapacité, de destitution de la tutelle ne sont pas applicables à l'administration paternelle; enfin, il est presque inutile d'ajouter que l'administration légale ne prend pas fin par les mêmes causes que la tutelle.

SECTION II.

L'Administration légale est d'ordre public.

Nous avons défini l'administration légale une institution « d'ordre public »; cette définition ne sera pas

(1) Cette manière de procéder est exactement celle qui est prescrite par la loi du 3 mai 1841, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. L'article 13 de cette loi est ainsi conçu :

Art. 13 : « Si les biens de mineurs, d'absents et autres incapables sont compris dans les plans déposés en vertu de l'art. 5 ou dans les modifications admises par l'Administration supérieure aux termes de l'art. 11 de la présente loi, les tuteurs.... et tous représentants des incapables peuvent après autorisation du tribunal donnée sur simple requête en la Chambre du conseil, le ministère public entendu, consentir amiablement à l'aliénation desdits biens ». Nous n'inventons donc rien; nous ne faisons qu'appliquer une procédure déjà existante.

admise sans contestations, car d'elle dépend la solution de plusieurs questions importantes ; aussi, devons-nous donner les motifs de notre manière de voir.

L'administration légale de l'article 389 est d'ordre public, il n'y peut être dérogé par des conventions particulières : en effet, les attributs de la puissance paternelle se composent de droits et d'obligations, ou si l'on veut, de charges et de profits : que les bénéfices que retire le père ne soient pas d'ordre public, nous l'admettons sans hésiter : que le père puisse, par exemple, être privé par un donateur, par un *de cujus* de l'usufruit que l'article 384 lui accorde sur les biens de ses enfants, rien de plus juste ; l'article 387 (*in fine*) le permet expressément. Le disposant entend faire une libéralité au fils, au fils seul ; il est libre d'agir ainsi, on doit respecter sa volonté. Mais, que le père puisse être déchargé par la volonté privée des *devoirs dont la loi l'investit*, voilà ce que nous n'admettons jamais. Nous ne saurions permettre, et personne avec nous, que qui que ce soit empêche que l'enfant reste sous l'autorité paternelle jusqu'à sa majorité ou son émancipation (art. 372) ; ni qu'on autorise l'enfant à quitter la maison de son père avant l'âge de dix-huit ans révolus, sauf pour contracter du service militaire (1) (art. 374) ; ni qu'on puisse empêcher le père de faire détenir son fils coupable de lèse-puissance paternelle ; car la loi, par des dispositions expresses, a donné au père l'obligation de surveiller la personne de son enfant : de quel droit alors, quand l'article 389 lui impose formellement une

(1) « Si l'engagé a moins de vingt ans, il doit justifier du consentement de ses père, mère, ou tuteur », Art. 46 de la loi du 27 juillet — 17 août 1872 sur le recrutement de l'armée.

obligation, celle de surveiller les biens du même enfant, de quel droit l'en déchargerait-on ? Qu'on enlève à un père indigne l'usufruit des biens donnés à son fils, cela est fort juste, nous l'avons dit, mais qu'on vienne le libérer des lourdes charges, des devoirs de famille que la loi lui impose, cela ne se conçoit pas : et de quel droit un étranger viendrait-il ainsi modifier un des attributs les plus essentiels de l'autorité paternelle ! Un tuteur, un mari ne peut échapper à ses obligations légales ; pourquoi faire une exception en faveur du père, quant lui, plus que les deux autres, doit avoir une puissance toute de dévouement et de protection !

L'administration légale est donc d'ordre public, les conventions privées ne sauraient y porter atteinte, et pour prendre un exemple, il n'est pas permis à un étranger de faire un legs à un enfant sous la condition que son père n'aura pas l'administration des biens légués. Tel est du moins notre opinion sur cette question la plus controversée, peut-être, de la matière.

Peut-on léguer des biens à l'enfant sous la condition que le père n'en n'aura pas l'administration ? La question est susceptible de trois solutions ; chacune d'elles a été proposée et soutenue par des jurisconsultes autorisés.

Un premier système prétend que la convention qui prive le père de l'administration des biens doit être réputée non-écrite, c'est-à-dire *nulle* : c'est la solution que nous adoptons nécessairement ; nous la développerons tout à l'heure. Dans une autre opinion, on admet que le disposant peut aussi bien priver le père de l'administration qu'il pourrait le faire de l'usufruit des biens légués : cette opinion n'a que peu de crédit. Enfin, dans une troisième doctrine à laquelle M. Demolombe a prêté l'appui de son

autorité, on laisse aux tribunaux le soin de valider ou d'annuler la clause. Ce système, qui semble concilier tous les intérêts, nous avait d'abord séduit, mais nous avons dû l'abandonner pour plusieurs raisons, et, entre autres, parce que nous avons constaté que loin de résoudre la question, il laissait toujours un libre cours à la controverse.

Un système, avons-nous dit, regarde toujours la clause qui enlève au père l'administration comme valable : suivant ceux qui le soutiennent, cette atteinte à l'autorité paternelle est implicitement permise par l'article 387. Ils raisonnent ainsi : La loi, par l'article 387, permet au disposant de priver le père de l'usufruit légal, elle lui permet donc *a fortiori* de le priver de l'administration des biens légués. L'usufruit est un avantage, l'administration des biens est une charge ; la loi n'a pu permettre d'enlever au père un droit et de porter ainsi atteinte à son autorité sans permettre, en même temps, de le décharger de ses obligations. Droits et obligations sont, dans ce système, deux termes corrélatifs : si la loi a permis à la volonté privée d'enlever au père un droit, elle a dû, à plus forte raison, permettre de lui enlever une simple obligation ; la loi autorise donc la clause dont il s'agit, et si elle ne le fait pas expressément, elle le fait implicitement dans l'article 387. D'ailleurs, il y a entre l'usufruit et l'administration des biens une relation si intime que la clause licite qui prive le père de l'usufruit serait illusoire si elle ne lui retirait en même temps l'administration, puisque les deux choses s'exercent sur les mêmes biens.

Le droit romain, si rigoriste quand il s'agissait de sauvegarder l'autorité paternelle, avait permis, dit-on encore,

une telle clause ; on lit dans la novelle 117, chap. 1 :
“ *Sancimus igitur licentiam esse matri et avicæ aliisque*
“ *parentibus... postquam relinquerint filiis partem quæ*
“ *lege debetur, quod reliquum est sucæ substantiæ, sive in*
“ *solidum voluerint, sive in partem, filio vel filiæ, nepoti*
“ *vel nepti... donare sub hac definitione atque conditione*
“ *si voluerint ut pater aut qui omnino eos habent in*
“ *potestate, in his rebus neque usumfructum, neque quod-*
“ *libet penitus habeant participium. Hæc enim et extra-*
“ *neis relinquere poterant, unde nulla parentibus utilitas*
“ *nasceretur* ”.

Les termes de la novelle signifient, dit-on, qu'on peut faire des libéralités aux enfants à la condition que le père n'aura ni l'usufruit, *ni aucun autre droit*. De plus, on aurait pu faire le legs à un autre qu'à l'enfant, et le père n'aurait toujours rien eu.

Examinons ces raisons : nous avouons ne pas bien comprendre l'argument par *a fortiori* qui consiste à prétendre que puisqu'on peut priver un père d'un avantage, l'usufruit légal, on peut bien plus encore lui éviter un devoir, l'administration des biens (1). Du reste, les exceptions sont de droit étroit ; si le code s'est écarté du principe général en permettant expressément de priver le père de la jouissance des biens, il a eu soin de le faire dans un article rédigé tout exprès ; s'il avait voulu autoriser cette atteinte à la puissance paternelle qui consisterait à priver le père de l'administration des biens, il l'aurait fait par une disposition spéciale, *or, elle n'existe nulle part*.

(1) La loi, en effet (art. 389), *impose* l'administration légale au père. La loi est *impérative* ou *prohibitive* ; quand elle *permet*, elle le fait toujours expressément.

Quant à l'argument tiré du droit romain, il nous semble facile d'y répondre : la novelle 117 est formellement abrogée par la loi du 30 ventôse, an XII (21 mars 1804), dans son article 7 ; elle ne le serait pas qu'elle ne prouverait encore rien ici, car il nous paraît qu'elle a été mal traduite par nos adversaires, les mots : « *usumfructum neque penitus quodlibet participium* » n'ont jamais voulu dire « ni l'usufruit, ni aucun autre droit », mais bien « ni l'usufruit du tout, ni même une *partie plus minime* (1) ».

Quant à cette raison qu'on pouvait retirer au père l'administration des biens parce que, sans cela, le disposant aurait donné à un autre qu'à l'enfant, la discuter serait peut-être puéril.

Il est une autre opinion à laquelle nous avons d'abord voulu nous ranger ; elle est beaucoup plus juridique que celle qui précède, et a le mérite d'être soutenue par des auteurs autorisés parmi lesquels nous citerons M. Demolombe, MM. Aubry et Rau. Bien qu'en fin de compte nous ne la suivions pas, nous croyons qu'il n'est pas inutile de l'exposer, ne serait-ce que pour montrer les motifs qui

(1) L'arrêt de la cour de Besançon du 15 novembre 1807 [Manoncourt, c. Magny, Sirey, 1^{re} série (1791 à 1830), volume 2 ; 2^e partie, page 304], statue spécialement et uniquement dans notre espèce : il nous donne absolument raison. Cet arrêt fait remarquer que la novelle 117 n'avait pour but que de tempérer « la rigueur de la puissance paternelle qui durait jusqu'au décès du père, et qui mettait le fils dans une telle dépendance qu'il n'aurait pu forcer son père à lui rendre compte. Ces motifs ne subsistent plus aujourd'hui, puisque la puissance paternelle finit à la majorité de l'enfant, etc. ». Aussi, malgré les conclusions contraires de M. le procureur général Gros, la cour « ordonne que le sieur Manoncourt « appelant..... *demeurera seul chargé de l'administration des biens de son dit fils* ».

nous l'ont fait abandonner. Ce système mixte laisse aux tribunaux le pouvoir de valider ou d'invalider la clause suivant qu'elle porte ou non atteinte à l'autorité paternelle.

Un de ses partisans, M. Duranton (1), après avoir dit que la clause était permise à Rome [ce qui n'est pas évident], ajoute que cette condition « ne doit pas être réputée non-écrite dans tous les cas », en tant que contraire au respect de l'autorité paternelle. Il peut arriver que la condition imposée au legs soit très morale et toute naturelle, par exemple, si le père dissipe ses biens ou s'il est menacé d'insolvabilité. Les tribunaux auront à concilier le respect dû à l'autorité paternelle avec les justes craintes du disposant, « surtout s'il s'agit de meubles, si faciles à dissiper ». Cette distinction, dit M. Duranton, concilie tout, et il l'adopte, malgré l'arrêt en sens contraire de la cour de Besançon (15 novembre 1807) que nous avons rapporté plus haut.

M. Demolombe, qui partage cette opinion, considère comme trop absolu le système que nous adoptons et qui envisage cette clause comme contraire à l'ordre public. D'après lui, l'administration légale n'est pas nécessairement d'ordre public, et la clause qui y porte atteinte peut, dans certains cas, être déclarée valable comme nulle aussi dans d'autres cas. La loi, dit le savant professeur, a organisé la famille avec des pouvoirs domestiques : 1^o pouvoirs du mari sur la femme ; 2^o pouvoirs des père et mère sur les enfants ; mais dans les divers attributs de ces puissances, il faut distinguer les attributs *essentiels* de

(1) Duranton, 4^e édit., tome 3, p. 362, note 2.

ceux qui ne sont qu'*accidentels* (naturels). Aucune convention privée ne peut permettre à la femme de ne pas suivre son mari, ou enlever au mari sa prépondérance dans le ménage; mais rien ne s'oppose à ce que la femme administre elle-même ses biens, et l'administration par le mari n'est pas un attribut nécessaire du mariage, mais seulement naturel. Ainsi, les droits des articles 148, 375 et 477 sont d'ordre public, on ne peut y déroger par la convention privée. Mais supposez que la mère à qui l'administration des biens est échue soit incapable de gérer, elle pourra échapper à son obligation (394, C. C.); le père lui-même, pour divers motifs, le pourra également, sans qu'on puisse dire, pour celui-ci comme pour celle-là, qu'ils ont renoncé à la puissance paternelle et à ses attributs *essentiels*. Comme il est raisonnable que l'administration des biens du mineur appartienne au père plutôt qu'à toute autre personne, la loi en a fait une conséquence toute naturelle de la puissance paternelle, mais non, dit M. Demolombe, un attribut *essentiel*. En somme, l'administration peut être séparée de la puissance paternelle sans que celle-ci soit altérée : en conséquence de cet exposé, le savant auteur se demande pourquoi l'administration légale ne pourrait pas être confiée par un légataire à un autre qu'au père? Il arrive tous les jours, en fait, que les biens d'un mineur sont gérés par un autre que par son père, la loi même l'admet; alors, pourquoi un légataire ne pourrait-il pas créer un semblable état de choses, à moins que, et M. Demolombe vient apporter ici un tempérament très considérable à son système, à moins que la clause du testament ne fût portée « plutôt contre le père qu'en faveur de l'enfant », et qu'alors elle dût être réputée *non écrite*. Dans le cas contraire, elle sera observée, car elle ne blesse

en rien ni l'ordre public, ni la puissance paternelle, et, de plus, le père peut être mauvais administrateur. M. Demolombe cite alors un argument plus persuasif que convainquant. Une personne va léguer au mineur un grand établissement que celui-ci gérera un jour, mais en attendant le testateur charge un tiers de représenter le père incapable, la loi n'a pu défendre une clause si favorable au mineur (1). En résumé, tout consiste dans l'appréciation de la clause.

Cette théorie est certainement séduisante ; elle a un tort, suivant nous, elle n'est pas écrite dans la loi et, de plus, elle laisse aux tribunaux un trop large pouvoir d'appréciation. En l'absence d'un texte, nous sommes forcés de considérer dans tous les cas la clause comme non-écrite en tant que contraire à l'ordre public. Nous avons, il est vrai, contre nous, la plupart des arrêts rendus sur la question ; mais on sait que la jurisprudence se prononce toujours sur des *espèces* et que celles-ci ne sont jamais identiques, et une jurisprudence si constante qu'elle soit ne forme jamais la loi, à tel point qu'il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire. (C. Civ., art. 5).

(1) Sans parler de ce brevet d'incapacité décerné au père, et qui suffirait, d'après le système même de M. Demolombe, à faire réputer la condition comme non écrite, nous croyons que le disposant n'a pas besoin de charger lui-même un tiers de l'administration intérimaire de l'établissement. Il arrive bien souvent que les grandes industries ne sont pas exploitées par leurs propriétaires : ceux-ci chargent de l'exploitation un spécialiste compétent, un ingénieur, par exemple ; c'est au père que revient le soin de placer à la tête de l'industrie léguée à son fils un homme expérimenté. Son amour paternel est un sûr garant qu'il le choisira soigneusement ; s'il l'a mal choisi, il pourra le remplacer, ce qu'il ne pourrait faire de celui que le disposant a indiqué lui-même ; car, si la clause doit être observée, c'est dans son intégralité.

Nous avons d'ailleurs, dans notre sens, un arrêt décisif de la cour de cassation, à la date du 11 novembre 1828. Cet arrêt, dans une espèce (Legay, D. 1829, 1. 6.) où le père était *veuf*, juge que la condition dont il s'agit n'est pas contraire à l'ordre public et déclare que la cour royale *n'avait pas violé l'article 389* qui, en constituant le père administrateur des biens de ses enfants, ne statue ainsi que pour la durée du mariage. Il ressort nettement des termes de l'arrêt que si l'enfant au lieu d'être en tutelle se fut trouvé sous l'autorité paternelle, *l'article 389 aurait été violé*; c'est bien dire que la clause est contraire à l'ordre public.

Marcadé (1) dit, dans notre sens, qu'un arrêt du Parlement de Paris du 19 février 1764 et trois arrêts depuis le code (2) ont bien jugé que la condition était contraire à l'ordre public. La convention privée ne peut pas modifier la puissance paternelle, les droits d'éducation et d'administration comme elle pourrait le faire des questions pécuniaires. Ces attributs paternels touchent à un ordre de choses que la loi seule a le droit d'organiser. Un père peut renoncer à l'usufruit légal, à un avantage dont il ne veut pas; il n'a pas le droit de renoncer *aux obligations que la loi lui impose comme père et, à plus forte raison, un tiers ne peut l'en décharger*; si la tutelle peut appartenir à tout le monde, *la puissance paternelle ne peut appartenir qu'au père* (Cassation, 11 novembre 1828, déjà cité).

Marcadé conteste, à juste titre, la distinction que fait Demolombe des attributs de la puissance paternelle en

(1) Marcadé, 4^e édit., tome 2, p. 156.

(2) Nous citons plus loin ces arrêts.

attributs *essentiels* et *naturels*. Suivant lui, cette distinction ne tranche pas la question de savoir dans laquelle des deux catégories il faut faire rentrer l'administration du père. L'administration peut être enlevée au père, cela est certain, mais c'est par la justice, et, si cela était permis à l'autorité privée, ce serait une insulte au père.

Enfin, l'argument que donne Demolombe, en comparant la position du mineur avec celle de la femme mariée, se retourne contre lui. Si, dit Marcadé, la communauté, régime de droit commun, donne l'administration au mari, il est vrai qu'un autre régime peut l'en priver ; mais ce n'est pas pour la donner à un tiers, à un étranger ; c'est pour la donner à la femme elle-même, et, de plus, cela résulte du contrat de mariage, c'est-à-dire d'une convention librement consentie entre le mari et la femme et non contre le gré du mari : « *Volenti non fit injuria* ». Pour que l'analogie entre la situation du mineur et celle de la femme soit exacte, on devrait supposer une femme, mariée sous le régime de la communauté, dont le mari est administrateur légal, et à laquelle un étranger lèguerait des biens à la condition qu'un tiers en aurait l'administration ; or, personne n'admettra jamais cette clause comme valable.

Demante ne veut pas non plus « que la volonté ex-
« presse du donateur ou du testateur puisse déroger sur
« ce point à la loi. Il est de principe, en effet, pour les
« donations comme pour les conventions, que les volontés
« privées ne peuvent déroger aux lois qui intéressent
« l'ordre public, et on doit considérer comme telles celles
« qui règlent l'organisation de la famille ou qui consti-
« tuent les pouvoirs protecteurs des incapables. A cette
« catégorie doivent, en général, appartenir les effets lé-

« gaux attachés à la qualité de père et de mère. La loi, « il est vrai, permet d'exclure un de ces effets, l'usufruit, « parce que c'est un droit principalement établi *dans* « *l'intérêt privé du père et de la mère*. Mais, si, sur ce « point même, il a fallu une disposition expresse, on ne « peut évidemment tirer cette conclusion à conséquence « pour l'appliquer à des droits d'une nature toute diffé- « rente qui, tels que le pouvoir d'administrer, ne sont « établis que *dans l'intérêt de l'enfant* (1) ».

Le partisan le plus zélé de notre opinion est M. Laurent. Dans son ouvrage de code civil il la défend avec une grande force de raisonnement (2).

Suivant lui, l'administration légale est d'ordre public : la loi la donne au père parce que lui seul exerce la puissance paternelle. La loi n'a prescrit contre lui aucunes garanties, car l'affection paternelle en présente de suffisantes. On a prétendu que l'administration des biens n'était pas comme celle de la personne un attribut *essentiel* du père de famille, « *cela est une affirmation toute gratuite et qu'il faudrait prouver* ». Notre matière est du droit positif ; il s'agit ici, non pas de faire de la philosophie du droit, non pas d'examiner ce que le législateur aurait dû faire, mais ce qu'il a fait, ce qui est. M. Demolombe, dit à juste titre M. Laurent, n'a pas échappé à l'erreur commune, celle de confondre le pouvoir qui fait la loi avec celui qui l'applique. Quand le législateur permet à la convention privée de déroger à des principes d'ordre public, il le fait expressément : par exemple, la loi permet à la femme dans l'article 223 de stipuler la

(1) Demante, tome 2, n° 133 *bis* (3°).

(2) Laurent, tome 5, p. 393 et s.

libre administration de ses biens ; et alors le législateur, non content de poser ce principe général, entre dans des détails et organise le régime de la séparation de biens (art 1536 à 1539). Les dérogations au principe que la femme mariée est incapable n'auraient pas été permises en l'absence d'un texte : on aurait dit alors que l'incapacité de la femme mariée était d'ordre public. Raisonnons de même, dit M. Laurent, pour l'administration légale ; elle tient à l'ordre public, *parce qu'elle est liée à la puissance paternelle et au mariage*. La loi aurait pu seule y déroger, elle ne l'a point fait ; or, « en l'absence d'un texte « qui autorise la dérogation, l'interprète ne peut pas « l'admettre, car en admettant une exception à un principe d'ordre public, *il ferait la loi* ». Et si on ne peut admettre la dérogation, on ne peut non plus y admettre des conditions ou des restrictions. Pour revenir à l'exemple spécial du legs fait sous la condition que le père n'aura pas l'administration, M. Laurent, avec grande raison, n'admet pas l'opinion de Proudhon qui consiste à dire que le légataire, pouvant retirer au père l'usufruit des biens légués, peut aussi lui en retirer l'administration : l'usufruit et l'administration participent de deux ordres d'idées bien différents : la loi aurait pu ne pas accorder la jouissance légale aux parents ; des esprits très autorisés prétendent même qu'elle aurait dû la leur refuser. Pourquoi ? C'est que l'usufruit légal est *indépendant de la puissance paternelle*, « *landis que l'administration des biens est une nécessité* », car nul ne pourrait avoir d'administration plus dévouée que le père. « L'administration, dit M. Laurent, est un *devoir* », et on ne déroge pas à un devoir : seul, le législateur aurait pu permettre la dérogation ; il ne l'a pas fait, personne n'a le droit de suppléer son silence.

Quant à l'opinion des auteurs qui font dépendre la validité de la clause du point de savoir si elle a été ou non portée en haine du père, M. Laurent en fait bonne justice. Pour lui, elle n'a que des apparences juridiques ; s'appuyant sur l'intention du testateur, elle est obligée d'invoquer la morale (1). Or, nous sommes ici dans une matière de droit positif, et sortir du droit positif, c'est « l'arbitraire en plein. La clause est-elle valable ? La cour de Caen l'a annulée : Demolombe approuve, Proudhon critique la décision. Voilà où on aboutit, quand on abandonne les principes du droit pour la morale ».

Aux raisons données par ces divers auteurs, nous ajouterons un dernier argument que nous avons puisé dans un texte du code. L'article 361, réglant les conditions de la *tutelle officieuse*, dit que : « Tout individu âgé de plus de cinquante ans et sans enfants ni descendants légitimes qui voudra, durant la minorité d'un individu, se l'attacher par un titre légal, pourra devenir son tuteur officieux en obtenant le consentement des *père et mère* de l'enfant, ou du *survivant* d'entre eux, etc., etc. ».

L'article 365 ajoute : « Si le pupille a quelque bien et *s'il était antérieurement en tutelle*, l'administration de ces biens... passera au tuteur officieux... ». Nous voyons par là que l'administration des biens *ne passe* au tuteur officieux *que si* l'enfant était antérieurement en tutelle, que, par conséquent, si l'enfant est sous l'autorité paternelle, l'administration reste au père. Pourquoi cette diffé-

(1) Nous sommes loin de vouloir bannir la morale du code civil ; nous dirons seulement qu'un texte exprès doit l'emporter en matière de droit civil sur toute espèce de considérations, si élevées qu'elles puissent être. C'est dans ce sens que nous interprétons les paroles de M. Laurent.

rence dans les deux cas? C'est que le législateur a bien compris que l'administration des biens du mineur a un caractère aussi inviolable que l'administration de la personne, qu'on ne peut la retirer au père, qu'en un mot elle est d'ordre public. Et c'est pour ces raisons que l'article 365 qui enlève au tuteur l'administration des biens du pupille n'ose retirer au père l'administration des biens de son enfant. Si la loi elle-même n'a pas osé priver le père d'un attribut aussi *nécessaire*, qui oserait dire que la simple volonté privée d'un légataire, dans l'exemple précité, oserait le faire? (1).

SECTION III.

La mère peut exercer l'administration légale (2). — Administration des biens des enfants naturels.

Bien que l'administration légale soit d'ordre public et n'appartienne en principe qu'au père seul, il est des cas de force majeure où il ne pourra, en fait, l'exercer : nous n'hésiterons pas, dans ces cas, à en investir la mère,

(1) La jurisprudence ne se prononce pas en général dans notre sens : elle considère en général la clause comme valable. Voyez : Cass., 26 mai 1856 (D. P. 56. 1. 320); Geoffroy, c. Goin et Jolly). — Cass., 9 janv. 1872 (Sirey, 72. 1. 107; Pinel, c. Laveine). — Cass., 3 juin (D. P. 72. 1. 241; Baranton, c. Aumasson et Bourru), et une dizaine d'arrêts de cour.

La jurisprudence belge paraît se fixer dans notre sens. Il a été jugé que la clause doit être réputée non-écrite par les arrêts suivants : C. de Bruxelles, 28 nov. 1878. Pasicrasie, 1879, 2. 353. — C. de Liège, 18 mai 1881. Pasicrasie, 1881, 2. 235. — Cassation, 6 nov. 1879. Pasicrasie, 1879, 1. 400.

Dans notre sens, voyez : Besançon, 15 nov. 1807 (1^{re} S., vol. 2, 1791 à 1830 ; 2^e, p. 304). — Caen, 11 août 1825 (D. P. 26. 2. 159; Manchon, C. Soyer). — Rouen, 29 mai 1845 (D. P. 46. 2. 148).

(2) Nous posons ici le principe, nous aurons souvent à en faire plus loin l'application.

puisque c'est elle qui, à défaut du père, exerce l'autorité paternelle. L'ancien droit le voulait ainsi, et nous voyons dans Pothier que la puissance paternelle était dévolue à la mère dans le cas auquel pour sa démence ou son absence le père ne pourrait pas l'exercer.

Que le père ait seul l'administration des biens pendant le mariage, rien n'est plus normal ; il serait même dangereux que ce pouvoir fut partagé entre lui et la mère ; il ne faut dans la famille qu'un seul pouvoir de direction. Le tribun Vesin faisait justement remarquer en parlant de l'autorité paternelle que « ce pouvoir s'il était en « même temps partagé entre plusieurs s'affaiblirait par « cela même et tournerait en sens contraire de l'objet de « son institution. La loi n'entend pas par là ne pas « associer la mère à cette magistrature, elle l'exerce à « son tour, et prend la place du père s'il vient à manquer », s'il vient à manquer, mais non à décéder, car alors il y aurait tutelle, et celle-ci doit rester étrangère à notre matière.

Nous croyons que les observations du tribun sont générales, elles embrassent l'autorité paternelle dans sa plus large acception, elles concernent par là même l'administration des biens autant que celle de la personne.

L'administration légale est inhérente à la puissance paternelle et ne peut périr qu'avec elle ; donc tant que le père vit, les pouvoirs d'administrateur lui appartiennent ; mais le père peut, pour des raisons graves, être tout à fait empêché d'exercer ses droits ; c'est dans ces cas, que nous examinerons bientôt, que les droits du père passent à la mère. Cependant, elle ne les exercera pas de son chef, mais à la place de son mari sur la tête duquel ils continuent à reposer en principe. Nous pourrions ici, pour faire bien comprendre notre pensée, distinguer le *droit*

d'administration légale, et l'*exercice* de ce droit. Le père, tant qu'il vit, conserve son droit intact, mais si, en fait, il lui est impossible de le mettre en action, l'*exercice* lui en sera enlevé et confié à une autre personne capable de faire produire à l'administration légale des effets réels : cette personne est en premier lieu la mère.

Le code ne cite expressément qu'un seul cas où l'administration des biens passe à la mère à défaut du père : c'est celui de l'article 141 relatif à l'absence ; mais, d'accord avec M. Demolombe sur ce point, nous n'hésiterons pas à généraliser ce cas particulier pour l'appliquer à toutes les circonstances dans lesquelles le père ne peut exercer son mandat : « Il était naturel et logique, « dit l'éminent professeur (1), de confier alors [au cas « d'absence] à la mère l'éducation des enfants et l'admi-
« nistration des biens, car en principe l'autorité pater-
« nelle est commune au père et à la mère (art. 372), et si
« le père seul en a l'exercice durant le mariage (art. 373),
« la mère en a du moins la survivance, et par conséquent
« aussi *elle doit être préférée à tout autre*, dès que le père
« ne peut plus l'exercer par quelque cause que ce soit (2) ».

Nous pensons donc que le droit d'administrer les biens du mineur passe à la femme tel qu'il était entre les mains du mari. Ce point a été discuté ; on a prétendu que la femme mariée étant, le plus souvent, incapable d'exercer l'administration de ses propres biens, ne pouvait pas non

(1) Demol., tome 2, p. 462 (2^e édition).

(2) Si le père seul, disent MM. Aubry et Rau (tome 1, 4^e édit., p. 366), se trouve placé dans l'impossibilité (physique, morale ou légale) d'administrer les biens, l'administration passe à la mère, et il n'y a pas lieu à tutelle, du moins en général.

C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour d'Orléans à la date du 9 août 1817 (S., 17. 2. 315).

plus administrer les biens de ses enfants. Cet argument n'est que spécieux : si la femme mariée ne peut se livrer à des actes d'administration sur sa propre fortune, cela tient au respect dû à la puissance maritale ; c'est en tant que femme mariée qu'elle est incapable ; mais, quand il s'agit des biens de l'enfant, le respect dû au mari n'est plus en jeu et la femme doit être délivrée de toute entrave ; d'ailleurs, le code le permet, car l'article 141 attribue sans restrictions l'administration légale des biens des mineurs à la femme dont le mari est absent ; et on ne peut raisonner à l'encontre d'un texte de loi. En somme, suivant nous, l'administration de la mère sera identique à celle du père, les mêmes pouvoirs subsistent, il n'y a qu'un changement de personnes. Nous aurons bientôt l'occasion de revenir sur ce point avec plus de détails.

Il peut arriver que le père et la mère tout à la fois soient incapables d'exercer le droit d'administration légale, qu'arrivera-t-il alors ? Il est un fait certain, c'est que les biens du mineur ne peuvent pas rester à l'abandon. Un autre point encore moins douteux, c'est qu'on ne pourra nommer aux incapables un tuteur, car le père et la mère étant vivants tous deux, la puissance paternelle reste intacte, et il ne peut être question d'ouvrir la tutelle, ce qui n'aura lieu qu'au décès de l'un deux (art. 390). C'est l'avis de M. Demolombe « si le père se trouvait incapable « d'exercer la puissance paternelle, la mère l'exercerait « au même titre que lui, la tutelle ne serait pas ouverte. « Dès lors, il doit en être logiquement ainsi lorsque les « père et mère se trouvent en même temps incapables « d'exercer la puissance paternelle. Dès que la mère qui « supplée le père n'est pas tutrice, le tiers qui supplée les « père et mère incapables ne doit pas être tuteur ». Il sera nommé dans ce cas un administrateur par le tribunal

de première instance qui lui délèguera en quelque sorte l'exercice de la puissance paternelle ; nous reviendrons plus longuement sur cette question quand, d'après le plan que nous avons adopté, nous aurons à traiter spécialement des causes susceptibles de modifier l'administration paternelle. Les mots : *durant* le mariage, nous suggèrent la question suivante :

Les biens de l'enfant naturel sont-ils soumis à l'administration légale ?

Dans le cas de filiation naturelle, plusieurs hypothèses peuvent se présenter (1) : sans parler de celle où le père et la mère naturels s'unissent par un mariage régulier et légitiment les enfants dont les biens tombent alors sous l'application de l'article 389, il peut arriver que l'enfant soit reconnu par le père et la mère, par le père seul, par la mère seule. Aucune de ces hypothèses ne peut être régie par notre article, puisqu'il suppose le mariage, que les enfants naturels sont conçus *hors* mariage, et qu'aucun texte spécial ne soumet les biens de ces enfants à l'administration paternelle. C'est, du reste, l'opinion la plus générale et la plus conforme à l'esprit du code, qui voit avec regret les unions libres et qui, ne pouvant les empêcher, car elles sont de l'essence de la nature humaine, a cependant essayé d'en restreindre le nombre. Il place ceux qui vivent en concubinage dans un état d'infériorité : quand il leur accorde quelque prérogative de l'autorité paternelle, c'est avec regret et comme contraint et forcé, aussi le fait-il expressément. C'est dire que nous sommes ici dans une matière d'except-

(1) Nous laissons de côté les enfants naturels non reconnus : pour eux il ne saurait être question de puissance paternelle, et, par conséquent, d'administration légale.

tion et de droit strict ; aussi doit-on considérer comme contraire à la loi tout ce que le législateur n'a pas spécialement prévu. Or, parmi les quelques concessions que, dans l'intérêt public, il est obligé de faire aux parents naturels (art. 158, 383), il n'a pas placé l'attribut de la puissance paternelle dont nous parlons ; il faut donc en conclure que, comme nous l'avons déjà dit, *le père naturel n'a jamais l'administration des biens de ses enfants mineurs*.

Malgré ces raisons, malgré le texte précis de l'article 389, M. Laurent assimile les parents naturels aux parents légitimes, et leur donne le droit d'administration de la puissance paternelle. Mais la puissance paternelle telle que nous la comprenons n'existe entière que pendant le mariage, quand les père et mère ne se sont pas volontairement placés hors la loi : ce qui le prouve bien, c'est que cette puissance est grandement diminuée quand le mariage cesse, puisque alors la tutelle prend naissance (art. 390), et que les deux choses ne peuvent coexister. La puissance paternelle, intimement liée à la grande idée de famille et par conséquent à l'autorité maritale, ne peut exister dans toute son intégrité que pendant le mariage ; or, le concubinage n'est pas le mariage, donc ce commerce illégal ne peut donner lieu à l'administration légale.

Est-ce à dire que les biens des enfants naturels resteront en souffrance ? Il n'en est rien, et le législateur n'aurait pas voulu faire retomber sur l'enfant l'inconduite ou la faiblesse des parents : les biens de l'enfant seront administrés par un tuteur. L'enfant est voué à la tutelle du jour de sa naissance. Sans vouloir discuter ici une question très controversée, nous admettrons que

cette tutelle est dative : mais dans toute tutelle il faut un conseil de famille et l'enfant naturel n'a pas de parents. On s'accorde à dire que ce conseil « *de famille* » sera composé des amis du père ou de la mère.

Enfants adultérins ou incestueux. — Pour terminer cette question, nous devons dire quelques mots des enfants adultérins et incestueux.

Article 331 : « Les enfants nés hors mariage, autres « que ceux nés d'un commerce adultérin ou incestueux, « pourront être légitimés par le mariage subséquent de « leur père et mère, lorsque ceux-ci les auront légale- « ment reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les recon- « naîtront dans l'acte même de célébration ».

Article 335 : « La reconnaissance ne pourra avoir lieu « au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou « adultérin ».

Pour reconnaître si un enfant est ou non adultérin, il faut nécessairement se placer à l'époque du commerce des père et mère naturels, c'est-à-dire au moment de la conception : donc, quand même la cause qui a entaché d'adultère la conception de l'enfant aurait cessé d'exister lors de sa naissance, il ne pourra être légitimé.

Un mari *Primus* qui vit en concubinage perd sa femme légitime *Secunda* ; six mois après, sa concubine *Tertia* met au monde un enfant. Il ne pourra légitimer l'enfant en épousant la mère *Tertia*, car il était marié avec une autre femme au moment de la conception de l'enfant. La règle : « *Infans conceptus....* » est ici en défaut, car l'enfant conçu est réputé né, et c'est évidemment contre son intérêt.

Donc pour l'enfant adultérin pas de puissance paternelle possible, pas d'administration légale pour le père.

Un homme *Primus* et une femme *Secunda* vivent

ensemble en dehors des liens du mariage ; *Primus* se marie avec une autre femme *Tertia* et cinq mois après le mariage, la concubine *Secunda* devient mère. S'il est veuf alors, le père pourra en l'épousant légitimer l'enfant, car au moment de la conception il était libre de tout lien et n'a pas commis d'adultère. Les biens de l'enfant légitimé seront soumis à l'administration légale.

Qu'arrivera-t-il dans le cas où la reconnaissance de l'enfant résulte de la force même des choses, c'est-à-dire dans le cas qu'on a improprement appelé de *reconnaissance forcée* ? Il peut, en effet, résulter d'un jugement une filiation adultérine légalement établie ; par exemple, un mari triomphe dans l'action en désaveu qu'il dirige contre l'enfant né de sa femme : 1° Il est certain que l'enfant est adultérin ; 2° sa filiation par rapport à la femme est légalement établie : notre conclusion est ici que l'article 335 n'est pas atteint. Cet article ne vise que la reconnaissance volontaire. Cet enfant, *dont la filiation adultérine est établie, ne pourra pas cependant être reconnu* (art. 335), *et à plus forte raison légitimé* : ses biens restent étrangers à l'administration légale.

En somme, ce que nous venons de dire des enfants adultérins peut se résumer en ceci : l'enfant adultérin est un enfant naturel avec une qualité de moins, à savoir qu'il est *adultérin* ; or, les biens de l'enfant naturel ne sont jamais soumis à l'administration légale, donc ceux de l'enfant adultérin ne peuvent non plus y être soumis.

Pour les enfants incestueux, la question est plus difficile à résoudre : L'enfant né d'un homme et d'une femme, unis par les degrés de parenté énumérés aux articles 162 et 163 (C. C.), peuvent-ils être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, qui ont obtenu les dispenses de l'article 164 ? En un mot, des en-

fants incestueux peuvent-ils être légitimés ? La question peut paraître étrange. Cependant la cour de cassation (22 janvier 1867 (1), déclare légitimés par mariage subséquent des enfants nés d'un commerce entre beau-frère et belle-sœur. Notre avis est que la légitimation est impossible : la loi en prohibant la légitimation des enfants incestueux par mariage subséquent (art. 331) n'a entendu parler que *des enfants nés de parents qui peuvent se marier en obtenant des dispenses* ; car, pour les autres, il ne peut être question de légitimation *par mariage, puisque celui-ci est impossible* ; or, comme on ne peut admettre que l'article est inutile et sans portée légale, on est bien obligé d'admettre que la légitimation des enfants nés hors mariage, même de parents qui pourront se marier entre eux, est impossible : pour ces enfants, pas d'administration légale.

Si l'enfant incestueusement *conçu*, naît pendant le mariage célébré avec des dispenses, qu'arrivera-t-il ? Ici, deux systèmes sont en présence. Dans le premier, l'enfant, fruit d'un commerce incestueux, mais qui est né pendant le mariage est, tout aussi bien que celui qui est né avant, illégitime ; c'est un enfant naturel, car il n'y a pas de raison de distinguer. Ce système nous paraît trop absolu.

Dans l'autre, que nous adoptons, il naît légitime. En effet, l'enfant conçu n'a pas de personnalité, il est « rien (2) » ; c'est la naissance qui lui donne l'existence civile : il est vrai que l'enfant qui n'est que conçu est réputé vivant chaque fois que son intérêt l'exige, *quoties de commodis ejus agitur* ; mais ici, il serait contre son intérêt de le réputer

(1) D. P. 1867, 1. 5.

(2) *Mulieris portio vel viscerum*, disaient les Romains.

vivant, *pro nato*, au moment de la conception ; ce n'est pas la règle ci-dessus qu'il faut appliquer, mais celle-ci : « *Pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant* ». Le père aura donc l'autorité paternelle, il aura l'administration des biens.

Adoption. — La paternité résultant de l'adoption ne saurait jamais conférer à l'adoptant l'administration légale des biens de l'adopté puisque, aux termes de l'article 346, « L'adoption ne pourra en aucun cas avoir lieu avant la *majorité* de l'adopté » et que l'administration légale suppose la *minorité* de l'enfant.

Tutelle officieuse. — La tutelle officieuse ne confère pas davantage au tuteur l'administration de l'article 389. L'article 365 nous dit en effet que si le mineur était antérieurement en tutelle, l'administration de ses biens passera au tuteur officieux. Nous devons en conclure par *a contrario* que si le mineur était, antérieurement à la tutelle officieuse, soumis à l'autorité paternelle, le père dont la femme est vivante, continuera à exercer son administration en vertu de l'article 389.

CHAPITRE II.

DES CAUSES SUSCEPTIBLES DE MODIFIER L'ADMINISTRATION LÉGALE.

L'administration légale, nous l'avons vu plus haut, est un attribut essentiel de la puissance paternelle, elle en subit par conséquent les lois ; elle dure en principe autant qu'elle et ne peut durer plus longtemps. Cependant, il est des cas particuliers où la gestion du père

administrateur légal cesse avant son autorité, et, sur certains d'entre eux, le code s'est formellement expliqué : nous voulons parler de l'absence du père (art. 141, C. C.) et des déchéances qu'il encourt quand il s'est rendu coupable d'attentat aux mœurs (art. 334 et 335, C. P.). Sur d'autres hypothèses il est muet ; nous allons les examiner successivement.

Nous laissons de côté, quant à présent, un premier cas où l'administration légale dure moins que la puissance paternelle : c'est celui où la mère vient à décéder ; il est bien certain qu'alors le père, tout en conservant la *patria potestas*, ne peut plus gérer les biens de ses enfants en tant qu'administrateur légal : il est tuteur, le plus souvent usufruitier légal, et, dans le cas possible où le père n'a ni la tutelle, ni l'usufruit légal, il n'aura plus aucun droit à l'administration des biens. Nous y reviendrons plus loin, quand nous parlerons des causes qui mettent fin à l'administration légale.

SECTION I.

Effets de l'absence du père sur l'administration des biens personnels des mineurs.

Le père peut être présumé ou déclaré absent ; et, dans ces deux cas, il peut arriver que la mère soit présente ; qu'elle soit morte avant l'absence du mari ; qu'elle meure après ; que la femme présente soit la seconde femme de l'absent, et qu'il y ait des enfants issus des deux unions, etc... ; examinons ce qui arrive dans ces diverses hypothèses.

(a) PRÉSUMPTION D'ABSENCE.

Disparition du père, la mère étant présente. — Dans ce cas, la loi confie à la mère le soin d'administrer les biens des enfants mineurs ; l'article 141 est formel à cet égard : « Si le père a disparu laissant des enfants mineurs « issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari, quant « à leur éducation et à l'administration de leurs biens ». Il ressort clairement du texte de cet article qu'en cas d'absence du mari la femme devient *administrateur légal*. Cette disposition si précise a cependant soulevé des discussions, et certains auteurs ont voulu prétendre qu'au cas d'absence du père, l'article 141 a entendu investir la mère de la tutelle : cette manière de voir est évidemment erronée, puisque l'article 390 ne fait commencer la tutelle qu'à la mort de l'un des époux. De plus, le mot *administration* se trouve écrit dans l'article, et si, par aventure, l'ouverture de la tutelle eut été possible au cas qui nous occupe, la loi eut employé le terme de *tutelle*, expression typique, au lieu du mot *administration* qui aurait inutilement prêté à la confusion.

Ce qui semblerait donner un certain crédit à cette opinion, c'est que Bigot-Préameneu disait dans l'exposé des motifs : « Il est conforme aux principes qui vous seront « exposés au titre « des Tutèles » que si la femme de l'absent vit elle ait la surveillance des enfants et qu'elle « exerce tous les droits de son mari relatifs à leur éducation et à l'administration de leurs biens ». Les paroles de l'honorable membre de la commission sont parfaitement justes, car la femme succède au mari dans les de-

voirs qui lui sont conférés par l'article 389 *qui se trouve placé au titre de la tutelle* ; mais, nous avons vu que cet article sert de transition entre le titre de la puissance paternelle et celui de la tutelle, et que sa place devrait réellement se trouver dans le titre IX et non dans le suivant.

Comme, d'après ces auteurs, pendant l'absence du père, il y a incertitude sur son existence, il est présumé mort, et partant, il y a lieu d'ouvrir la tutelle (art. 390). A cela nous répondrons que si le père peut être réputé mort, il peut tout aussi bien être réputé vivant, car c'est précisément là ce qui caractérise la période de l'absence ; aussi, avons-nous le droit, de notre côté, de dire que, pendant qu'il est absent, le père est réputé vivant : partant, il n'y a pas lieu d'ouvrir la tutelle. En réalité, nous croyons que la position du présumé absent est un état tout particulier, tout à fait spécial, le seul prévu par le code ; le mieux est donc de lui appliquer les règles faites pour lui, c'est-à-dire ici l'article 141 : la mère sera investie de l'administration légale et non de la tutelle.

Il ne saurait non plus être question de tutelle provisoire : celle-ci ne pourrait exister qu'en cas de vacance dans la tutelle proprement dite, et, dans notre espèce, il ne peut être parlé d'une tutelle antérieure à laquelle aucune circonstance n'a pu donner naissance.

Quels seront les pouvoirs de la mère ? La réponse est bien simple : elle aura, sans plus ni moins, les pouvoirs conférés au mari par l'art. 389. Tout ce que nous dirons plus loin des pouvoirs du père, sera applicable à ceux de la mère sans restrictions. On va peut-être nous faire une objection : la femme *mariée* étant, en cette qualité, incapable, ne peut avoir des pouvoirs aussi étendus que le mari, puisque, d'après la disposition expresse de l'article

1427 (C. C.), la femme de l'absent a besoin de l'autorisation de justice pour s'obliger. Aussi Proudhon ne permet-il à la mère *administrateur* que les actes *de détail* nécessaires à l'administration et à l'entretien intérieur de la famille ; car, il ne comprend pas que la femme puisse être capable et incapable à la fois : il y aurait, suivant lui, contradiction. Mais, répondrons-nous, pour faire ces actes *de détail*, où commence pour la mère la nécessité, où finit-elle ? Où sont les limites exactes entre les actes de nécessité absolue et ceux qu'on peut ne pas faire ? Il n'y a pas, ce nous semble, dans cette question de criterium absolu, aussi nous rejetterons les idées de Proudhon, pour nous ranger à celles de MM. Laurent et Demolombe que nous croyons les seules admissibles dans la matière.

M. Laurent fournit une réfutation directe de la doctrine ci-dessus en disant : « La contradiction existe, et il faut
« l'accepter puisqu'elle résulte de la loi. La femme pré-
« sente reste *femme mariée* donc *incapable* : l'article 1427
« le dit. D'un autre côté, l'art. 141 lui confie l'adminis-
« tration des biens de ses enfants. Or, quand la femme
« mariée administre, soit en vertu de la loi, s'il y a sépara-
« tion judiciaire ; soit en vertu du mariage, s'il y a sépa-
« ration contractuelle ; elle administre librement, c'est-
« à-dire sans avoir besoin d'autorisation (art. 1449 et 1536,
« C. C.). Il faut dire la même chose quand la loi lui confie
« l'administration des biens de ses enfants en cas d'ab-
« sence du mari. L'administration serait impossible si
« pour chaque acte la femme devait recourir aux tribu-
« naux. Quant à la contradiction qui en résulte dans la
« position de la femme elle est réelle, mais *il n'appartient*
« *pas à l'interprète de corriger la loi* ».

La contradiction s'explique d'ailleurs fort bien : Quand

la femme mariée est incapable, c'est volontairement, par son propre fait ; c'est qu'elle a, à son escient, adopté un régime dans lequel elle savait devoir abandonner ses droits. Et puis, enfin, la femme peut faire seule sur ses biens des actes d'administration (art. 223, 1449 et 1538, C. C.) et la contradiction, en somme, est plus apparente que réelle. Ajoutons qu'il s'agit ici de deux administrations distinctes, qui participent de deux ordres d'idées bien différents : si la femme mariée est incapable, c'est en tant qu'*épouse* ; quand elle administre les biens de ses enfants, elle le fait en sa qualité de *mère* ; et, il n'y a nulle apparence que dans le cas d'absence du mari, la capacité accordée à la femme puisse humilier ou amoindrir l'autorité maritale.

Nous ne dirons qu'un mot d'une question qui trouve naturellement sa place ici. La mère qui exerce l'administration légale au cas d'absence du mari a-t-elle la jouissance légale des biens des mineurs ? Doit-on appliquer ici la règle « *Ubi onus, ibi emolumentum* » ? L'art. 384 n'accorde l'usufruit qu'au père seul pendant le mariage : d'autre part, l'article 141 ne parlant que de l'administration de la mère semble lui refuser l'usufruit, mais, l'article 384 précité accorde la jouissance légale à la mère survivante ; elle peut donc, en principe, en jouir à *la place du père*. Il nous semble que le véritable esprit de la loi est celui-ci : Le législateur a jugé bon de faire jouir les parents des revenus de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans ou au moins jusqu'au jour de l'émancipation ; mais, par respect pour le mari, chef de l'union conjugale et administrateur naturel et légal, pendant le mariage, des biens de la famille [biens personnels du mari, biens de la femme, biens des enfants], il a favorisé le père seul de

cet avantage en compensation des lourdes charges que l'autorité paternelle lui fait supporter. Pourquoi, si le mari est absent, en priver la mère à laquelle incombent les charges que supportait son mari ? En cas d'absence du père, les obligations, les devoirs envers les enfants passent à la mère, pourquoi pas les avantages ? Nous le répétons, s'il est vrai qu'il soit contraire à la lettre de la loi de donner l'usufruit à la mère, il est tout à fait conforme à l'esprit du code et aux intentions du législateur de le lui accorder. Aussi, c'est à tort, suivant nous, que MM. Aubry et Rau (1) et Demolombe veulent que le père conserve provisoirement l'usufruit jusqu'au moment où l'absence sera déclarée.

Quand le mari est en état de présomption d'absence, l'administration des biens des mineurs passe à la femme présente ; mais qu'arrivera-t-il au cas où *celle-ci était déjà elle-même présumée absente lors de la disparition du mari* ? Que deviendront les biens des enfants mineurs ? La mort d'aucun des deux époux n'étant certaine, l'article 390 ne saurait trouver ici son application ; en conséquence, il n'y a pas tutelle. Il arrivera souvent, dans ce cas, que des parents, des amis se chargeront de veiller sur la personne et sur les intérêts des mineurs. Dans cette hypothèse, tout est pour le mieux, comme aussi dans le cas où le père avant de disparaître aura confié ses enfants à des parents ou à des amis. Mais si nul ne prend soin de l'enfant, qu'arrivera-t-il ? Le code n'a pas réglé cette hypothèse : il n'y a pas lieu de nommer un tuteur aux enfants, nous l'avons dit, puisque les parents ne sont pas décédés, ou que du moins le doute est possible

(1) A. et R., 4^e édit., tome 6, page 83.

à cet égard. Nous croyons que le tribunal devra intervenir pour nommer à l'enfant un administrateur provisoire : il aura la latitude d'imposer à ce mandataire telles conditions qu'il jugera convenables dans l'intérêt de l'enfant. A la majorité de ce dernier, les fonctions de l'administrateur cesseront naturellement ; elles pourront même finir avant ce terme si les époux, ou même un seul, donnent de leurs nouvelles ou reparaissent, car alors l'administration légale reprendra son cours normal.

La solution sera la même au cas où la mère, administrateur légal en vertu de l'article 141, *viendra à disparaître pendant l'absence du mari*.

La doctrine que nous suivons n'est pas généralement admise ; M. Demolombe assimile les deux cas que nous venons de prévoir à ceux de l'article 142 dont la prévoyance, suivant lui, embrasse toutes les hypothèses dans lesquelles le père ou la mère se trouvent tous deux, *pour quelque cause que ce soit*, dans l'impossibilité de prendre soin de la personne et des biens de leurs enfants. Notre conviction est que cet auteur se trompe ; nous lisons en effet dans l'article 142 : « Six mois après la « disparition du père, si la mère était *décédée* lors de « cette disparition ou si elle vient à *décéder* avant que « l'absence ait été déclarée, la surveillance des enfants « sera déférée *par le conseil de famille* (aux ascendants « ou) à un *tuteur provisoire* ». Les termes de cet article sont en harmonie parfaite avec les principes généraux de l'article 390. L'un des époux est *décédé* ; il y a tutelle : faut-il répéter ici que dans le cas de l'article 389, quand les deux époux ne sont morts ni l'un ni l'autre, il ne saurait y avoir tutelle, que les deux idées de *tutelle* et d'*administration légale* sont exclusives l'une de l'autre.

Il nous semble qu'en cette circonstance, M. Demolombe fait preuve d'un esprit trop généralisateur en voulant régir par un même principe deux idées opposées et que, comme le prêteur à Rome, il corrige la loi. Notre hypothèse ne peut rentrer sous l'application de l'article 142, puisque nous parlons de *ce qui a eu lieu pendant le mariage*, et que cet article ne règle que *ce qui a eu lieu après* ; puisqu'il s'agit dans le premier cas de ce qui a eu lieu *pendant la vie*, dans le deuxième *après la mort* d'une même personne.

En somme, la tutelle ne peut s'ouvrir dans notre cas, et nous concluons à la nomination d'un administrateur provisoire par le Tribunal de première instance.

Le père a disparu depuis la mort de la mère. — Art. 142 : « Six mois après la disparition du père, si la mère « était décédée lors de cette disparition, ou si elle vient à « décéder avant que l'absence du père ait été déclarée, « la surveillance des enfants sera déférée par le conseil « de famille aux ascendants les plus proches, et, à leur « défaut, à un tuteur provisoire ». Nous sommes ici en dehors du mariage, c'est-à-dire en matière de tutelle : L'article 142 reste étranger à notre matière.

Le père étant absent, la mère vient à mourir. — Ici encore il y a lieu d'ouvrir la tutelle.

Le père qui a disparu s'était remarié ayant des enfants du précédent mariage. — Nous sommes encore, dans ce cas, en matière de tutelle.

Mais si le père a, en même temps que des enfants du premier lit, des enfants nés de sa seconde femme qui est vivante, il faut faire une distinction : La mère, quant à ses propres enfants, aura l'administration légale des biens

(art. 141 et 389); les enfants du précédent mariage seront en tutelle, puisque leur mère est décédée (art. 143).

(b) DÉCLARATION D'ABSENCE.

Toutes les hypothèses que nous venons d'examiner se rattachent à la période de la présomption d'absence; les solutions que nous avons données s'appliquent-elles aux cas où le père est *déclaré* absent? Il semble bien qu'il faut donner une réponse affirmative : en effet, le code, après avoir traité dans deux chapitres distincts, d'une part, de la présomption, d'autre part, de la déclaration d'absence, paraît donner, dans les divisions qui suivent, des *règles générales* communes aux deux manières d'être de l'individu absent; il ne parle plus que de *l'absence*, *lato sensu*, sans spécifier; et, comme il est évident que les enfants doivent être protégés aussi bien avant qu'après la déclaration d'absence, on peut dire que les règles du chapitre IV sont générales et embrassent les deux périodes de la disparition. Cependant, si on lit attentivement l'article 142, on arrive à avoir des doutes, aussi la question a-t-elle été résolue dans des sens différents.

M. Laurent applique absolument les articles 141, 142 et 143 aux deux périodes de l'absence : « N'est-ce pas à » dessein que les auteurs du code ont placé à la fin du « Titre IV le chapitre qui traite de la surveillance des « enfants? N'est-ce pas marquer clairement que les « dispositions de ce chapitre ne s'appliquent pas unique- « ment à la présomption d'absence? » On a prétendu que la présomption d'absence a pour effet de remplacer la puissance paternelle par la tutelle : « L'article 141, ajoute

« Laurent, ne le dit pas, et, pendant la vie des père
« et mère, il n'y a jamais tutelle : dans l'espèce, la mère
« est présente, l'article 141 exclut la tutelle puisqu'il
« maintient la puissance paternelle ».

Pour le cas de l'article 142, cet auteur ajoute que la tutelle étant ouverte pendant la présomption d'absence, la déclaration ne pourra rien changer.

En somme, pour lui, « la déclaration d'absence laisse
« subsister les mesures qui ont été prises pendant la
« présomption d'absence ». Cette opinion n'est pas la plus généralement suivie ; la plupart des auteurs s'accordent à ouvrir la tutelle dans tous les cas de l'article 142.

Relativement à l'article 141, qui doit spécialement nous occuper, M. Demolombe (1), contrairement à M. Laurent, veut que la tutelle, dans toutes les hypothèses possibles, s'ouvre à la déclaration d'absence.

MM. Aubry et Rau (Tome I, § 160) veulent aussi que la déclaration d'absence donne ouverture à la tutelle : suivant eux, si la disparition de l'un des époux ne donne pas immédiatement ouverture à la tutelle, « c'est par une faveur spéciale que la loi accorde à l'époux présent, faveur qui ne se comprend que tant que l'absence n'a pas été déclarée ». Outre que cette théorie est en opposition avec l'article 141 qui ne distingue pas les deux périodes de l'absence, nous ajouterons que nous ne voyons pas pour quelle raison la faveur spéciale dont parlent MM. Aubry et Rau ne se comprend plus une fois que l'absence est déclarée. Ces auteurs, du reste, sont forcés de reconnaître la généralité de l'article 141 : « Il est vrai, disent-ils, qu'à la différence de l'article 142, l'article 141 ne

(1) Demolombe, tome II, page 491, *in fine*.

« contient pas d'expressions qui limitent à la période
« de présomption d'absence la mesure qu'il établit ».

Un autre auteur (1) veut aussi ouvrir la tutelle, sauf dans le cas où l'époux présent a opté pour la continuation de la communauté : dans ce cas, il y a mariage et il ne saurait y avoir tutelle : il y aurait contradiction à admettre tout à la fois la continuation de la communauté, c'est-à-dire l'existence du mariage, et la tutelle, c'est-à-dire la dissolution du mariage.

Nous avouons qu'il y a là une bizarrerie, mais qui s'explique fort bien par ce fait que le mari absent se trouve dans une situation double, un état mixte pour lequel, l'individu étant à la fois vivant et mort, et n'étant ni mort ni vivant, on a dû tracer, pour ainsi dire, des règles d'attente pouvant parer à toute éventualité. M. Duranton nous semble commettre une grave erreur quand il fait dépendre l'existence du mariage de ce fait que l'époux présent opte ou non pour la continuation de la communauté. Les règles du contrat de mariage au point de vue des biens ne sauraient influencer en rien sur l'existence même de l'union conjugale ; la mort seule peut dissoudre le mariage, et l'absence le dissout si peu que l'article 139 du code civil donne à l'époux absent le droit de faire dissoudre une deuxième union contractée par l'époux présent au mépris de la première. Cette erreur rectifiée, il se trouve que, par le fait, M. Duranton est de notre avis. Le mariage existe, en effet, indépendamment de toute option pour la continuation ou la dissolution de la communauté : de l'avis même de cet auteur, il y aurait contradiction entre les idées de tutelle et de

(1) Duranton, tome I, 4^e édit., page 438.

mariage. Qu'est-ce à dire, sinon que, même au cas de déclaration d'absence, il n'y a qu'une gestion possible des biens des enfants, c'est l'administration légale qui sera exercée par la mère.

Notre opinion est soutenue par M. de Plasman (1) dans les termes suivants : « Je n'hésite pas à soutenir que « lorsque l'un des époux est présumé absent et même « déclaré absent, l'époux présent n'est pas tuteur, il y a « administration mais non tutelle ». Et M. Laurent (2) : « La déclaration d'absence laisse subsister les mêmes « mesures qui ont été prises pendant la présomption « d'absence ».

Nous adoptons d'autant plus volontiers cette opinion que l'article 141 par sa généralité, et par la place qu'il occupe, nous autorise à le faire ; parce que, enfin, il y aurait inconséquence à admettre que le code a jugé la mère capable d'administrer les biens de ses enfants pendant la première période de l'absence du mari et incapable dans la seconde : un espace de quatre années ne diminue pas à ce point les capacités d'administration d'une personne. Qu'on ne vienne pas nous dire que, pendant la première période, la loi n'a entendu organiser que des mesures provisoires ; car toutes mesures prises au cas d'absence demeurent en fin de compte provisoires jusqu'au retour ou au décès constaté de l'absent. Et d'ailleurs, quelles mesures définitives (en supposant quelles le soient) confiées à un étranger présenteraient plus de garanties que celles, même provisoires, confiées à la mère.

(1) Code et traité des absents, tome I, p. 311 (Paris, 1841).

(2) Laurent, tome II, p. 285.

L'administration de la mère continue donc, à notre avis, même après la déclaration d'absence.

SECTION II.

Des effets de l'interdiction sur l'administration légale.

Il y a deux sortes d'interdiction : la première est l'*interdiction judiciaire* prononcée par l'article 489 du code civil contre l'individu qui est « dans un état actuel d'imbécillité, de démence ou de fureur » ; elle a pour but de sauvegarder, en même temps, les intérêts de l'individu privé de raison qui ne saurait se gouverner lui-même, et ceux des tiers qui pourraient traiter avec lui. L'autre est l'*interdiction légale* dont parle l'article 29 du code pénal et la loi du 31 mai 1854 portant abolition de la mort civile. Elle n'est pas comme la précédente établie dans l'intérêt de l'interdit, c'est au contraire une déchéance, une flétrissure que la loi prononce de plein droit contre l'individu condamné à la peine des travaux forcés, à la détention et à la réclusion : on comprend que les deux sortes d'interdiction ne puissent être régies par des règles identiques : ainsi on n'appliquera pas à l'interdiction légale les articles 508, 510 et 512 du code civil : il suffit de se reporter à ces articles pour s'en convaincre. Cependant quant aux effets juridiques qui en résultent relativement à l'*incapacité* de l'interdit, on s'accorde à reconnaître que les règles de l'interdiction judiciaire sont applicables à l'interdiction légale.

Pour éviter toute obscurité, nous examinerons séparément les deux sortes d'interdiction relativement à leurs effets sur l'administration légale.

Il est encore une autre sorte d'interdiction « légale » puisqu'elle dérive de la loi : c'est celle que prononce l'article 335 du code pénal contre le père qui s'est rendu coupable des crimes prévus par l'article 334 du même code. Ce dernier dit que les pères, mères, tuteurs, etc., qui auront attenté aux mœurs en excitant les mineurs à la débauche seront punis d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 300 à 2,000 francs. L'article 335 ajoute : « Si le délit a été commis par le père ou la mère, le coupable sera privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le code civil, livre I, titre IX, *De la puissance paternelle* ». Bien qu'on ne soit pas d'accord sur l'étendue de cette disposition, nous croyons que l'article 335 (C. P.) retire au père l'administration légale : on nous dira que l'article ne parle que de droits et d'avantages et que l'administration est un devoir : nous dirons qu'elle est à la fois un droit et un devoir. On nous dira encore qu'il n'est parlé ici que des droits et obligations dont il est question au titre de la puissance paternelle, et que l'article 389 se trouve au titre de la tutelle ; mais nous avons déjà montré que cet article n'était pas à la place qu'il devrait occuper, et il nous semble évident que l'esprit des rédacteurs a été de priver le père, d'une façon générale, « des attributs de l'autorité paternelle ». Si l'article du code pénal nous renvoie au titre de la puissance paternelle, c'est pour éviter une énumération. Persuadés qu'étaient les rédacteurs qu'ils avaient placé dans ce titre toutes les dispositions qui y avaient rapport, ils ont oublié d'autres attributs de la puissance paternelle placés ailleurs : ainsi, le droit de consentir à l'adoption, à la tutelle officieuse de l'enfant, à son mariage, à son émancipation.

Notre manière de voir est conforme à la raison et à l'esprit de la loi. Cependant, *tout en maintenant notre opinion*, nous avouons, et ceci paraîtra peut-être étrange ou contradictoire, que, dans l'application, nous serions forcés d'agir contre notre manière de voir, car nous sommes ici en matière pénale et nous n'avons pas le droit d'étendre les dispositions de la loi : *Pœnalia non extendenda*. Placés dans cette alternative, nous ne pouvons que formuler un vœu : nous voudrions une révision de la loi, dans le sens de notre opinion, afin de faire cesser, sur cette question, un doute regrettable.

Ajoutons un dernier mot : Faut-il, comme le veulent MM. Aubry et Rau (1) et Demolombe (2) priver le père de l'administration des biens *du seul enfant qui a été victime du délit* ? Nous ne le pensons pas. Les termes de l'article sont tout à fait généraux et la règle : « *Pœnalia non extendenda* » ne doit pas être appliquée ici : ce que la loi a voulu, c'est que le père soit privé d'un ensemble de prérogatives *indivisible* qui doit être envisagé en dehors de toute idée de « personnes », à un point de vue absolu. Aussi nous nous rangeons à l'avis de MM. Duranton (3) et Valette (4) qui retirent au père l'autorité paternelle dans sa totalité.

Les droits retirés au père passeront tout naturellement à la mère qui restera seule à exercer la puissance paternelle pendant le mariage ; elle exercera sans contestation les droits de garde, d'éducation, de correction. L'adminis-

(1) A. et R., tome IV, page 614.

(2) Demol., tome VI, nos 361 et 362.

(3) Duranton, tome III, n° 384.

(4) Valette (*Sur. Pr.*), tome II, page 351.

tration légale, dans notre système, sera également exercée par la mère, car c'est un attribut aussi essentiel que les droits sur la personne, comme nous l'avons montré plus haut ; mais, nous n'admettons pas seulement, comme on a essayé de le faire, que le tribunal pourra la lui accorder : c'est une émanation de la puissance paternelle qu'elle aura *ipso jure* comme représentant de son mari, sans qu'elle puisse en être privée, sauf, bien entendu, pour les mêmes raisons que celui-ci, puisque les règles concernant l'administration légale sont les mêmes, qu'elle soit exercée par le père ou par la mère.

L'administration des biens des enfants mineurs, au cas qui nous occupe, passera donc à la mère. Faut-il en conclure qu'elle aura l'usufruit ? Bien que nous ayons admis qu'en cas d'absence du père, la femme jouit de l'usufruit légal, nous dirons ici qu'on doit le lui refuser : non pas qu'il y ait, relativement à la mère, moins de raisons de le lui accorder que dans toute autre hypothèse : nous le lui refusons par ce motif que le mari pourrait arriver à en profiter indirectement malgré l'opposition de la loi, suivant les conventions matrimoniales des deux époux : par exemple, par le partage de la communauté. La loi ne permet pas de faire indirectement ce qu'elle prohibe directement. Quelques dures que soient pour la mère les conséquences de notre manière de voir, cette raison suffit pour nous décider à lui retirer l'usufruit légal, dont les enfants profiteront.

Nous sommes en matière pénale, disons quelques mots de l'article 42 (C. P.) : « Les tribunaux jugeant correctionnellement pourront, dans certains cas, interdire en tout » ou en partie l'exercice des droits... civils et de famille « suivants... 6° d'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses

« propres enfants et sur l'avis seulement de la famille... ». Pourrions-nous arguer de ce texte pour permettre aux tribunaux, en matière correctionnelle, de retirer au père l'administration des biens de ses enfants ? Evidemment non, nous l'avons déjà dit : *Pœnalia non extendenda* ; on ne peut punir par analogie et l'article 42 ne parle pas de l'administration paternelle. D'ailleurs, si un seul doute existait à cet égard, nous pourrions ajouter que la loi, non-seulement ne permet pas aux tribunaux de priver le père de l'administration, mais encore le leur défend. En effet, le 6° de l'article 42 permet aux tribunaux d'interdire à un condamné d'être « tuteur, curateur si ce n'est de ses propres enfants ». Or, si la loi défend de retirer à un père des pouvoirs artificiels comme la tutelle et la curatelle, il est certain qu'*a fortiori* elle ne pourrait permettre qu'on le privât du pouvoir essentiel et nécessaire qu'on appelle l'autorité paternelle.

Dégradation civique. — A côté de l'interdiction légale, le code place une autre peine, la dégradation civique. Quant à cette dernière peine, notre solution sera la même que ci-dessus ; le père conservera son droit d'administration [Voir art. 34, C. P., 4°, conf. avec art. 42, 6°].

Ces diverses hypothèses étant écartées, nous pouvons maintenant aborder l'étude de l'interdiction proprement dite : nous parlerons d'abord de l'interdiction judiciaire.

Interdiction judiciaire. — Celui (1) qui est dans un état actuel d'imbécillité, de démence ou de fureur doit être interdit. Il le sera en vertu d'un jugement qui aura

(1) Le code dit : « Le majeur... », mais évidemment le mineur pourrait être interdit. Cette question, d'ailleurs, restant en dehors de notre matière, ne saurait être examinée ici.

pour effet, s'il est confirmé en appel, de faire tomber l'interdit en *tutelle*, et de frapper tous ses actes de nullité. Cet individu incapable de l'administration de son propre patrimoine, reste-t-il capable de gérer les biens de ses enfants? Evidemment non. Les mêmes raisons s'opposent à ce qu'on lui laisse l'une et l'autre administration : son état d'interdiction est nécessité par une incapacité de fait, une impossibilité matérielle d'administrer qui est la même dans les deux cas. Le père interdit perdra donc l'administration légale dont la mère sera investie, sans qu'il y ait lieu de distinguer, suivant nous, si elle est ou non tutrice de son mari : c'est aussi l'opinion la plus accréditée. M. Laurent confirme notre manière de voir en disant, qu'en cas d'interdiction du mari, la femme acquiert des droits qu'elle n'avait jamais eus. Dans le cas où la mère est tutrice, elle a, en fait, l'exercice de la puissance paternelle, qui, en droit, continue à résider sur la tête de son mari : mais est-ce comme mère ou comme tutrice? « Si, comme nous le
« croyons (1), la femme exerce la puissance paternelle
« par cela seul que son mari est dans l'impossibilité de
« l'exercer, ... elle continue à l'exercer après le juge-
« ment qui interdit son mari. Ses droits seront donc
« non ceux d'une *tutrice*, mais les droits d'une *mère* qui
« a l'exercice de la puissance paternelle ».

Si la mère n'est pas tutrice, elle aura encore, suivant cet auteur, la puissance paternelle, car celle-ci est d'ordre public et ne se délègue pas, et il serait illégal de la confier à un étranger quand la mère, qui est vivante, est capable de l'exercer.

(1) Laurent, tome 5, page 536.

De plus, ajouterons-nous, ce n'est pas en qualité de tutrice que la femme exerce en cas d'interdiction du mari les pouvoirs de celui-ci, c'est comme mère; ce fait que la mère est tutrice de son mari ne pourrait que soulever la question contraire, celle de savoir si, quand la mère est tutrice, elle conserve l'administration légale. Cette administration, on le sait, est incompatible avec la qualité de tuteur : un tiers tuteur ne saurait donc avoir l'administration légale des biens des enfants, c'est assez dire qu'elle reste à la mère.

Toullier partage la même manière de voir : « Il paraît
« même que s'il existe des enfants dont le père interdit
« avait l'administration aux termes de l'article 389, cette
« administration passe de plein droit à la mère, quoi-
« qu'elle ne soit pas tutrice de son mari, *car le tuteur*
« *du mari interdit n'est pas tuteur de ses enfants*, c'est
« la mère qui est tutrice de droit (art. 390); aussi l'ad-
« ministration des biens personnels de ses enfants lui
« est donnée pendant l'absence du père (art. 141) ».

M. Demolombe pratique sur cette question un système de distinctions : Quand la femme est tutrice de son mari, elle a l'administration des biens des enfants mineurs. Si elle n'est pas tutrice, la solution à donner est différente, suivant que le mari avait ou n'avait pas la jouissance légale des biens (1). — Le savant doyen se demande si, quand il y a un tuteur nommé au mari, ce n'est pas ce tuteur qui conserve l'administration des biens? « L'affir-

(1) M. Demolombe, ne considérant pas l'administration légale comme étant d'ordre public, mais plutôt comme un corollaire de l'usufruit légal, on comprend qu'il adopte le système ci-dessus avec les distinctions qu'il comporte.

« native, dit-il, me paraît exacte, en effet, lorsque le
« père interdit a l'usufruit des biens ».

« Mais, dans le cas contraire, je n'aperçois pas pour-
« quoi, en principe, on refuserait à la mère l'adminis-
« tration légale, puisque c'est elle qui exerce alors, à
« défaut du père, la puissance paternelle. Ce qu'on peut
« dire, c'est qu'il appartiendra aux tribunaux d'user
« à cet égard de leur pouvoir discrétionnaire pour le
« plus grand intérêt de l'enfant (1) ». Nous ne pouvons
admettre cette solution : l'administration légale, principe
d'ordre public, et la jouissance légale, simple faveur qui
pourrait être retirée au père, bien qu'elles s'exercent sur
les mêmes biens [sauf les exceptions de l'article 387],
n'ont rien de commun et participent de deux ordres d'i-
dées bien distincts : la meilleure preuve se trouve préci-
sément dans l'article 387, qui permet de retirer au père
l'usufruit des biens dont il conserve l'administration :
aussi nous ne voyons pas en quoi le fait que le père a
ou n'a pas l'usufruit légal pourrait influencer sur l'admini-
stration des biens ; aussi avons-nous admis que, dans
tous les cas, l'administration des biens des enfants de
l'interdit appartient à la mère.

Nous ne pouvons admettre non plus le pouvoir discrétionnaire accordé aux tribunaux, sur le point qui nous occupe, par le système ci-dessus : nous reconnaissons, il est vrai, le tribunal civil comme seul compétent en matière d'administration légale ; mais cela ne veut pas dire que nous lui accordions des pouvoirs absolus. Le tribunal

(1) Duranton (tome 3, n° 754) enseigne aussi à tort que l'administration des biens, dont le père a la jouissance, doit appartenir au tuteur.

ne peut jamais retirer l'administration à la mère *ad nutum* ; il ne le peut que dans les mêmes cas et pour les mêmes motifs que pour le père : par exemple, si la mère est absente ou interdite elle-même, si elle gère mal ; en un mot, dans un certain nombre de cas limités que nous examinerons plus loin relativement à la gestion du père.

Demante émet une opinion qui ne nous paraît pas fondée : d'après lui, il y aurait lieu de nommer pour administrer les biens des mineurs de l'interdit un tuteur datif. Or, nous savons qu'il ne saurait être question de nommer un tuteur à un mineur pendant le mariage de ses père et mère ; nous ne reviendrons pas, à cet égard, sur ce que nous avons déjà dit à propos des articles 389 et 390 (C. C.) : qu'il nous suffise de dire que la tutelle ne s'ouvre qu'à la mort de l'un des deux parents.

Le père conserve, en cas d'interdiction judiciaire, la jouissance légale : c'est sa propriété en vertu de l'article 384, et c'est surtout dans notre cas d'interdiction que cet usufruit lui sera profitable, car, pour obéir aux prescriptions de l'article 510, on devra employer les revenus « essentiellement... à adoucir son sort et à accélérer sa guérison », déduction faite, bien entendu, des charges de l'article 385. Comment alors les choses se passeront-elles dans le cas où la mère « administrateur légal » n'est pas tutrice de son mari interdit ? Elle devra remettre aux mains du tuteur les revenus qui composent l'usufruit légal ; ses obligations s'arrêtent là. Ce sera au tuteur à agir pour tout ce qui concerne la jouissance et les charges de l'usufruit ; nous voulons dire que le tuteur agira pour le père considéré comme usufruitier ; la mère fera tous les actes d'administration étrangers à la jouissance légale.

Cas où le père est soumis à un conseil judiciaire. — Ce qu'on appelle la demi-interdiction ne donne lieu qu'à la nomination d'un conseil judiciaire et ne touche en rien aux prérogatives de la puissance paternelle. Cependant comme, dans cet état, le père ne peut faire sur ses propres biens certains actes sans l'assistance de son conseil (1) et qu'il serait illogique de le supposer capable de faire seul les mêmes actes pour autrui, comme on ne saurait en somme lui laisser compromettre le patrimoine de ses enfants, tandis qu'on l'empêche de dissiper sa propre fortune, nous pensons que l'assistance de son conseil lui sera nécessaire pour les actes qui rentreront dans l'administration légale. Nous réservons toujours le droit d'intervention du tribunal suivant une distinction qui fera l'objet d'une étude spéciale (chap. 3, sect. 3).

Cas où le père est placé dans un asile d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838. — Nous ne voyons, dans ce cas, aucune raison d'empêcher la mère d'exercer l'administration légale à la place du père qui se trouve dans l'impossibilité du fait de l'exercer lui-même.

Interdiction légale. — Nous arrivons à l'interdiction légale que l'ordre des matières nous a forcé de laisser un instant de côté. Cette interdiction est du domaine de la législation criminelle. C'est, nous l'avons dit, une peine prononcée contre certains crimes ; or, on ne peut infliger à un coupable des peines que la loi pénale n'a pas expressément édictées, et nulle part elle n'a privé le père légalement interdit de la puissance paternelle ; ni, dans tous les cas, de l'administration que lui confère l'article 389 :

(1) Art. 513 : « Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, de grever leurs biens d'hypothèques sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal ».

nous sommes donc amenés à conclure que le condamné qui est en état d'*interdiction légale* ne perd pas l'administration légale des biens de ses enfants. Mais, comme cette peine est l'accessoire d'autres peines qui placent le condamné dans l'impossibilité de fait d'exercer aucune administration, comme les enfants du condamné ne peuvent être en tutelle puisque le mariage n'est pas dissous ; comme enfin il faut que les biens de ces enfants soient administrés, il est logique de confier à la mère l'administration paternelle. Elle en aura du moins l'exercice, le droit restant au mari ; c'est le cas d'appliquer ici les paroles de M. Demolombe : « En principe, l'autorité paternelle est « commune au père et à la mère, et si le père seul en a « l'exercice durant le mariage, la mère en a du moins « la survivance, et par conséquent elle doit être préférée « à tout autre, dès que le père ne peut plus l'exercer *par quelque cause que ce soit* ».

En dehors de ces cas, il en est d'autres sur lesquels la loi est absolument muette et dans lesquels le père ne pourra effectivement s'occuper des biens de ses enfants : le père, par exemple, est parti pour un long voyage ; il est atteint d'une maladie grave, il est détenu en prévention, il est prisonnier chez l'ennemi, etc. Ce sont autant de circonstances de fait qu'il faudra examiner séparément. La mère, dans la plupart des cas, veillera sur les biens des enfants, à moins que le père, au cas de maladie, par exemple, ou de voyage, n'ait confié ce soin à un mandataire : la mère aurait alors un droit de surveillance, au nom de l'autorité paternelle. On ne peut poser ici de principe absolu, et sans vouloir nous appesantir sur ces questions, qui, nous le répétons, sont des questions de fait, nous admettrons que le ministère public pourrait toujours intervenir au nom de l'ordre public, sinon

d'office, il pourrait rarement le faire, du moins sur la demande des personnes intéressées.

Un dernier mot sur cette question : Quel serait le sort de l'administration légale au cas où l'interdiction légale viendrait à cesser par la faveur de la loi ou du chef de l'Etat ?

Amnistie. — L'amnistie ne laissant rien subsister, « rien, si ce n'est pourtant l'accusation », le condamné recouvre tous ses droits, et parmi ceux-ci l'exercice de l'administration légale.

Réhabilitation. — Ici, le condamné, comme le mot l'indique, recouvre ses aptitudes juridiques : cette faveur ne détruit pas le passé, mais dans l'avenir le condamné rentre dans ses droits : notre réponse sera la même que pour le cas précédent.

Grâce. — La grâce n'est qu'une remise de la *peine* ; « grâce, ce n'est que pitié et pardon ». La grâce, ne saurait faire renaître les capacités juridiques du condamné ; mais nous avons vu plus haut que si le père était privé de l'administration légale, en cas d'interdiction, c'est qu'il était en réalité dans l'impossibilité matérielle de l'exercer ; à son retour, l'obstacle de fait ayant disparu, rien ne s'opposera à ce qu'il prenne en main la gestion du patrimoine de ses enfants.

SECTION III.

Effets du divorce (1) et de la séparation de corps sur l'administration légale.

Le divorce permettait de dissoudre l'union que le con-

(1) Le divorce est aboli. Cependant, comme la séparation de corps lui emprunte des règles, nous n'avons pas cru inutile d'en parler ici.

trat de mariage avait formée. La séparation de corps est une sorte de divorce « mitigé » qui laisse subsister le mariage : le code n'en a pas tracé les règles d'une façon bien explicite, aussi s'accorde-t-on généralement à appliquer par analogie à la séparation de corps les règles du divorce dans les limites du possible. Il serait intéressant de s'appesantir sur le point de savoir dans quelles mesures les règles du divorce doivent s'adapter à l'autre institution ; mais ce n'est pas ici le lieu de traiter la question ; nous ne le ferons que relativement à l'administration paternelle.

Du divorce. — Avant la rédaction du code civil, les lois étaient liées étroitement aux institutions canoniques : le divorce était inconnu, car l'Eglise, à l'encontre du droit romain, considérait le mariage comme un lien « indissoluble, élevé à la dignité de sacrement » et que la mort seule pouvait détruire : c'était à la fois un contrat civil et religieux. On ne connaissait que la « séparation d'habitation » qui, son nom l'indique, faisait cesser la vie commune ; mais elle laissait subsister le lien conjugal. Le code civil admit le divorce et maintint la séparation d'habitation sous le nom de séparation de corps. Depuis la loi du 14 mai 1816 qui abolit le divorce il ne reste plus que la séparation de corps : aussi il serait peut-être superflu d'étudier une institution qui n'est plus ; cependant comme, sans vouloir apprécier la question, nous croyons qu'il n'est pas impossible que le divorce soit un jour rétabli, nous en dirons quelques mots.

Nous lisons dans la section relative : aux *mesures provisoires* auxquelles peut donner lieu la demande en

divorce pour cause déterminée, les dispositions suivantes : Art. 267 : « L'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille, ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants ». Le père peut, nous le voyons, pendant l'instance en divorce, être privé de l'administration des biens de ses enfants ; et ici, rien n'est plus licite, puisque la loi permet expressément aux tribunaux de retirer au père cette administration : l'ordre public ne se trouve pas blessé.

Et dans le chapitre qui traite du divorce par consentement mutuel, l'article 280 dit : « Ils [les époux] seront « pareillement tenus de constater par écrit leurs conventions sur les trois points qui suivent : 1° A qui les enfants nés de leur union seront confiés, soit pendant le « temps des épreuves, soit après le divorce prononcé... ».

« Soit après le divorce prononcé ». Ecartons tout d'abord cette deuxième hypothèse, à laquelle l'administration légale reste étrangère, aux termes de l'article 329 : « Le père est *durant le mariage* administrateur... ».

« Soit pendant le temps des épreuves ». La loi oblige les époux à dire lequel d'entre eux aura, pendant cette période, la garde et l'administration des enfants : mais cela veut-il dire que les juges seront tenus de se soumettre à la décision des époux ? Nous ne le pensons pas ; mais les juges ont-ils un pouvoir d'appréciation relative à l'administration légale ? Nous dirons que non ; ce pouvoir n'appartient qu'à la loi qui ici est muette, le père conservera, pendant le temps des épreuves, ses pouvoirs d'administration.

Enfin, nous trouvons dans le chapitre VI « Des effets du divorce » deux articles (art. 302 et 303) relatifs à la puissance paternelle (1). Ici, il n'est plus question d'administration légale qui a pris fin en même temps que le mariage ; c'est-à-dire au moment même où le divorce a été prononcé. La question se résout en celle de savoir qui sera tuteur : viendra-t-on nous objecter que l'article 389 a une signification autre que celle que nous lui donnons ; que cet article veut seulement dire que le père, pendant le mariage, ne peut avoir que la seule qualité d'administrateur ; mais que cela ne l'empêche pas de l'avoir en dehors du mariage. Nous répondrons que nulle part, dans le code, l'idée d'administration légale ne se trouve séparée de celle du mariage ; que le père ne peut être administrateur légal que pendant le mariage : cela est conforme à la raison, et en même temps au texte et à l'esprit de la loi. D'ailleurs, en admettant que le père puisse être administrateur légal en dehors de l'union conjugale, il ne le serait pas ici, car, dans les deux articles précités, il n'est pas question d'administration légale ; nous n'y trouvons même pas de termes génériques qui la renferment : nous voyons bien que les enfants « seront confiés » à l'un ou à l'autre époux ; que les deux époux pourront surveiller « leur entretien et leur éduca-

(1) Art 302 : « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que les tribunaux, sur la demande de la famille ou ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne ».

Art. 303 : « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés ».

tion » : il n'est parlé de l'administration en aucune façon, soit expresse, soit implicite. Dans notre espèce, le tuteur, quel qu'il soit, aura l'administration, en qualité de tuteur, des biens de chacun des enfants dont il aura la surveillance.

L'article 386 nous apprend que l'usufruit légal n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé ; d'autre part, nous savons (art. 384) que cette jouissance a lieu au profit du père pendant le mariage, et, après sa dissolution, au profit du *survivant*. Comment concilier ces deux dispositions ? Le divorce étant prononcé, le mariage *est dissous* ; mais les deux époux existent, on ne peut donc donner l'usufruit *au survivant*. A quoi peut donc servir cette considération de l'article 386, que celui contre lequel le divorce est prononcé est déchu de la jouissance légale ? La solution qui nous paraît la seule possible est celle-ci : A la dissolution du mariage par le divorce, l'usufruit s'éteint ; il s'éteint pour le père qui l'avait seul mais qui ne l'a que pendant le mariage ; il ne naît pas pour le père ou pour la mère, car ni l'un ni l'autre n'est *survivant* : ce n'est qu'à la mort de l'un des deux époux divorcés que le *survivant* jouira de l'usufruit légal à la double condition : 1^o que les enfants n'aient pas atteint leur dix-huitième année [ou n'aient pas été émancipés] ; et 2^o que le divorce n'ait pas été précédemment prononcé contre l'époux actuellement *survivant* (art. 386).

De la séparation de corps. — La séparation de corps prononcée entre les père et mère peut-elle influencer sur le sort de l'administration légale ? La mère n'étant plus là pour remplir à l'égard du père le rôle que doivent remplir le subrogé-tuteur et le conseil de famille à l'égard

du tuteur, peut-on dire que ce manque de contrôle sera pour le père une cause de déchéance de l'administration des biens de ses enfants ? Nous ne le croyons pas. La séparation de corps, contrairement au divorce, ne dissout pas le mariage, et le père est durant le mariage administrateur des biens de ses enfants (art. 389). Cela est conforme aux intentions du législateur au titre de la puissance paternelle. Art. 373 : « Le père seul exerce cette autorité [paternelle] durant le mariage ».

Nous devons dire cependant que la question est controversée. On sait qu'en cette matière on s'accorde à reconnaître que la plupart des règles du divorce sont applicables. Pendant l'instance en séparation de corps, faudra-t-il appliquer les mesures provisoires de l'article 267 relatif au divorce ? Ce texte étant conçu dans un but de protection pour l'enfant, la plupart des auteurs admettent l'affirmative. L'administration reste, suivant eux, au père ; *mais si* le père est suspecté de vouloir nuire aux intérêts de l'enfant, le tribunal pourra le lui enlever sur les instances de la mère et à son défaut sur celles du ministère public. On admet encore généralement que le conseil de famille, présidé par le juge de paix, pourrait se réunir pour prendre les mesures les plus efficaces. Ce système nous paraît mauvais : nulle part, la loi n'a permis en matière de séparation de corps la convocation d'un conseil de famille, dont la réunion dans notre cas pourrait être quelquefois funeste aux mineurs ; car, les divers membres de la famille, épousant souvent à tort les dissensions qui existent entre les deux époux, sacrifieraient peut-être l'intérêt des enfants à des querelles domestiques. Il serait d'ailleurs imprudent de retirer, pendant l'instance en séparation, l'administration au père pour

la confier à la mère ; car, la séparation pouvant ne pas être prononcée, cette administration reviendrait au père et ces changements successifs dans la personne des administrateurs légaux ne pourrait que nuire aux intérêts des mineurs. Enfin, nous le répétons, on ne saurait pas plus enlever au père son administration pendant l'instance, qu'après le jugement qui prononce la séparation ; l'article 389 est formel.

SECTION IV.

Des causes d'exouse, d'exclusion et de destitution du père, relativement à l'administration légale.

Nous abordons un autre ordre d'idées. En dehors des diverses hypothèses que nous venons d'examiner, n'y a-t-il pas, en matière d'administration légale comme en matière de tutelle, des causes spéciales et déterminées en vertu desquelles le père [ou la mère qui remplace le père] peut se soustraire à la gestion des biens des enfants, en être déchu ou écarté ? Cette question mérite notre attention ; ces causes « déterminées » existent, nous le verrons, dans la plupart des législations étrangères : notre code civil est muet sur la question. Faut-il raisonner par analogie et appliquer à l'administration légale les règles de la tutelle ? Nous ne le croyons pas, et nous allons dire pourquoi.

(a) MOTIFS DE DÉCHÉANCE.

« Réprimer les abus d'un droit, fût-il puisé dans la loi naturelle ; loin d'y porter atteinte, c'est lui conserver son caractère primitif » [Chardon, p. pat., page 40].

Cette idée est parfaitement vraie, et, pour la présenter avec un caractère plus spécial, nous dirons que, si larges et si élevées que puissent être les pouvoirs conférés par la puissance paternelle, il doit toujours y avoir sur eux un droit de contrôle ; aussi nous n'hésitons pas à affirmer que le père administrateur légal peut comme tous les administrateurs en général, s'il est infidèle ou incapable, être destitué. Sur cette question, délicate, car nous touchons à un principe d'ordre public, diverses solutions ont été proposées.

Faut-il appliquer au père administrateur l'article 444 du titre de la tutelle ? (1). M. Laurent ne le veut pas et avec raison : d'après lui, le père tient son mandat de la loi, et celle-ci seule peut indiquer les motifs pour lesquels l'administration sera enlevée au père : or, elle ne l'a pas fait ; c'est une lacune regrettable, mais il n'appartient pas à l'interprète, c'est-à-dire au juge, de la combler. Suivant lui, le père n'est pas destituable, il est responsable, mais c'est tout : ici nous nous séparerons de M. Laurent, dont le système nous paraît trop absolu. Nous sommes d'accord avec lui pour ne pas appliquer au père administrateur les mêmes déchéances qu'au tuteur ; mais nous l'abandonnons quand il dit, si nous l'avons bien compris, que le père ne peut pas d'une façon quelconque être privé de l'administration. D'ailleurs, sa conclusion n'est pas satisfaisante : le père sera responsable, mais cette responsabilité ne sera-t-elle pas souvent illusoire ? Un père dont la fortune menace ruine compromettra dans des opérations

(1) Art. 444 : « Sont aussi exclus de la tutelle, et même destituables s'ils sont en exercice : 1^o les gens d'une conduite notoire ; 2^o ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité ».

hasardées le patrimoine de ses enfants pour en tirer un profit personnel : il sera responsable, mais cela l'empêchera-t-il de recommencer ses malversations ? S'il est ruiné d'ailleurs, en quoi consistera la sanction de sa responsabilité ? Cette sanction sera-t-elle pécuniaire ? le père est ruiné. Ou purement morale ? le droit positif ne se contente pas de telles sanctions. Ou corporelle ? le code n'a pas prévu le cas, et, d'ailleurs, cette sanction rendrait-elle au mineur sa fortune dissipée. Nous ne voyons qu'un moyen, c'est de retirer au père son administration : au moins les biens des mineurs seront à l'abri pour l'avenir.

On peut donc, disons-nous, retirer au père l'administration légale, mais nous n'admettons pas que ce soit par application de l'article 144, spécial à la tutelle, disposition de droit étroit qui ne saurait être étendue par voie d'analogie. C'est en vertu de ce principe général que toute administration est soumise à un contrôle. Tel n'est pas l'avis de M. Demolombe : suivant lui, d'après l'article 444, l'administration de la personne peut être enlevée au père et *a fortiori* la *simple* administration des biens qui n'en est qu'une conséquence naturelle (1) ; « la raison, d'ailleurs, la nécessité même, l'identité « absolue de motifs, tout exige que le père dont l'administration compromet les biens de l'enfant puisse être « écarté ». Nous admettons, nous aussi, que le père qui gère mal le patrimoine de ses enfants peut être écarté : mais l'article 444 n'est pas nécessaire pour cela : M. Demolombe, qui le comprend bien, ajoute qu'administrer honnêtement en bon père de famille, tel est le man-

(1) Nous avons déjà combattu cette théorie à laquelle, logique en cela, M. Demolombe est obligé de rester fidèle.

dat que la loi donne au père *absolument comme au tuteur* : aussi, dit-il, l'article 444 doit être pour les deux cas la sanction commune, et il n'hésite pas à conclure « que « l'administration légale peut être totalement enlevée au « père en vertu de l'article 444 (1) ». M. Demolombe nous semble raisonner ici d'une façon peut-être quelque peu spécieuse ; on ne généralise pas ainsi de l'espèce au genre. On peut bien appliquer à la tutelle les règles auxquelles sont soumis tous administrateurs du patrimoine d'autrui ; on peut également les appliquer au père administrateur légal ; mais on ne saurait appliquer les règles de l'administration particulière qu'on appelle la tutelle aux administrateurs en général, et entre autres au père administrateur : c'est cependant ce que semble faire l'honorable professeur. Aussi, après avoir posé les principes que les règles de la tutelle (art. 444) sont applicables à l'administration du père, dans la pratique il a soin de s'en écarter ; et il ajoute, immédiatement après : « Toutefois, comme cet article n'est pas *directement* applicable [à l'administration légale], comme le père, pendant le mariage a été traité plus favorablement que le « tuteur, je pense, *en même temps*, que les magistrats

(2) C'est à tort, suivant nous, qu'un arrêt de la cour de cassation, du 16 décembre 1829, a jugé que l'article 444 était applicable au père administrateur légal, surtout, dit l'arrêt, quand il s'agit de biens dont le père n'a pas l'usufruit légal.

Il a été jugé, au contraire, que la responsabilité du père est celle du droit commun et ne saurait être étendue aux obligations particulières que la loi impose aux tuteurs (Agen, 11 mars 1854) [D. P., 55. 2. 294].

Jugé aussi que le père peut être privé de l'administration légale pour inconduite notoire, incapacité, insolvabilité, et, dans ce cas, c'est le tribunal qui prononce la déchéance (Trib. du Puy, 10 décembre 1869) [D. P., 70. 3. 64].

« feront bien d'y mettre eux-mêmes les ménagements qui
« seraient compatibles avec les intérêts de l'enfant ».

Si le système soutenu par M. Laurent est trop absolu, celui de M. Demolombe nous semble un peu contradictoire, car il ne saurait y avoir en même temps, relativement à l'administration légale et à la tutelle, *différence* et *identité*.

Aussi préférons-nous, sauf une modification, le système de MM. Aubry et Rau. Suivant ces auteurs, les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution établies en fait de tutelle, ne s'appliquent pas à l'administration légale : ces causes, étant de droit étroit, ne sauraient être étendues par voies d'analogie à l'administration de l'article 389 dont le père ne peut, en principe, être écarté qu'en vertu des causes qui enlèveraient la puissance paternelle (1). Toutefois, « si par incapacité ou infirmité dans sa gestion, le père lésait ou compromet-
« tait les intérêts de l'enfant, les tribunaux pourraient,
« à la demande d'un tuteur *ad hoc*, nommé conformément
« à l'article 446, lui retirer l'administration légale et la
« confier à la mère; ou même investir un tiers des fonctions de tuteur provisoire ». MM. Aubry et Rau ont raison : 1° de rejeter l'article 444 en notre matière; et 2° de permettre aux tribunaux de retirer au père ses fonctions pour les confier à la mère; mais nous ne saurions les suivre quand ils exigent les instances d'un tuteur *ad hoc*, nommé conformément à l'article 446. Pour prouver qu'on agit, dans notre cas, en dehors des prescriptions de l'article 444 du titre de la tutelle, ils invoquent l'article 446 du même titre de la tutelle afin de

(1) Aubry et Rau, § 551.

nommer un *tuteur ad hoc*. Il y a là, ce nous semble, une inconséquence. Ensuite, la latitude laissée par ces auteurs aux tribunaux de nommer, à la place du père, la mère ou un tiers ne nous paraît pas juridique : la mère doit être nommée, en principe, à l'exclusion de toute autre personne. Pour qu'on puisse confier l'administration à une autre personne, — qui, en tout cas, ne serait pas un *tuteur* —, il faudrait que la mère se trouvât elle-même dans les mêmes circonstances de déchéance (ou d'excuse) que le père. M. Aubry avait déjà soutenu cette thèse dans la « *Revue de Droit français et étranger* (1) », et, suivant lui, la nomination d'un tuteur *ad hoc* serait nécessitée par ce fait que le tribunal n'a pas de pouvoir *inquisitorial*. Il nous semble cependant que, sans accorder aux tribunaux un pouvoir de ce genre, on pourrait rester, pour destituer le père administrateur, en dehors des règles de la tutelle (y compris l'article 446), et notre opinion sur la question se formule aisément : Un pouvoir si étendu qu'il soit, ici l'administration légale, ne saurait être affranchi de tout contrôle. Un seul contrôle, dans notre cas, est possible, en l'absence d'un texte, c'est celui de droit commun, le contrôle du tribunal. Les tribunaux jugeront, comme cela se pratique en Italie, sur la plainte de l'enfant lui-même, de la mère, d'un membre de la famille, etc., en tout cas sur les instances du ministère public, qui, aux termes de l'article 83 du code de procédure civile, a le droit d'intervenir dans toutes les causes qui intéressent l'ordre public. Ceci est conforme à l'ancien droit, et Pothier, au titre du contrat de mariage (n° 384), s'en exprime ainsi : « S'il se trouvait des père et mère

(1) *Revue de Droit français et étranger*, année 1844, tome 1.

« qui fussent assez dénaturés pour manquer à leurs de-
« voirs envers leurs enfants, le ministère public, sur la
« dénonciation des parents, pourrait les poursuivre, pour
« après information, faire estimer par le juge ce qu'il
« estimerait convenable d'ordonner ».

Enfin, en cas de destitution du père, nous confions l'administration à la mère, et si elle est elle-même dans l'impossibilité de l'exercer, à un administrateur *ad hoc* nommé par le tribunal.

Notre solution reste la même, que le père soit ou non usufruitier légal : l'administration légale et l'usufruit légal étant deux choses absolument distinctes, peuvent exister l'une sans l'autre (art. 387, C. C.), et le père, destitué de l'administration, pourra rester usufruitier : l'administrateur nommé serait alors chargé de procurer au père les avantages de la jouissance légale. Qu'on ne nous dise pas que l'usufruitier doit administrer lui-même ; cela cesse d'être vrai quand l'ordre public s'y oppose.

(b) CAUSES D'EXCUSE.

Nous n'accordons pas non plus au père les mêmes causes d'excuse qu'au tuteur, et nous n'admettrons pas qu'il puisse se faire décharger de l'administration des biens, pas plus qu'il ne pourrait le faire de l'administration de la personne ; nous avons vu que ces deux prérogatives sont aussi essentielles l'une que l'autre ; d'ailleurs, l'administration des biens est une obligation, *un devoir* ; on ne se décharge pas d'un devoir.

Ce n'est pas à dire cependant que le père ne puisse jamais être déchargé de l'administration légale : des motifs

graves peuvent mettre un individu dans l'impossibilité d'administrer le patrimoine d'autrui, qu'il soit tuteur ou père ; ce que nous voulons dire, c'est qu'il n'existe pas pour le père, comme pour le tuteur, des motifs d'excuse légaux (1). Le père devra toujours s'adresser au tribunal de première instance qui jugera en fait et appréciera. MM. Aubry et Rau partagent notre opinion : « Le père ne peut, pour se soustraire à l'obligation de gérer le patrimoine de ses enfants mineurs, invoquer les excuses admises en matière de tutelle ». C'est, d'ailleurs, la conséquence même de la puissance paternelle et des avantages qu'elle confère : « *Ubi emolumentum, ibi debet esse et onus* ».

Qui, d'ailleurs, voudrait croire que les personnes énumérées dans l'article 427 comme pouvant se soustraire aux obligations de la tutelle pourraient se soustraire à celles de la puissance paternelle ? Qui admettra jamais qu'un préfet, par exemple, puisse arguer de ses fonctions pour se soustraire aux devoirs de la paternité ? Ce serait la négation de la famille, et cette grande institution, plus que toute autre, doit être respectée. Qui, enfin, oserait appliquer les articles 435 et 436 à l'administration légale et dire que le fait de gérer deux tutelles soit pour le père

(1) Nous répétons ici que, dans toute notre matière, il n'y a pas de règles de la tutelle, si générales qu'elles soient, qu'on puisse appliquer à l'administration paternelle. Il y a certaines grandes règles générales, communes à toutes les administrations, du patrimoine d'autrui : le code a fait l'application de plusieurs d'entre elles à la tutelle spécialement ; quoi qu'il ne l'ait pas fait pour l'administration légale, elles lui sont cependant applicables ; mais ce n'est pas certainement en tant que règles de la tutelle, et il serait inexact de raisonner ici par analogie.

un juste motif de refuser la gestion du patrimoine de ses propres enfants?

M. Demolombe partage notre manière de voir, car, dit-il, le père conservant toujours les prérogatives et avantages de la puissance paternelle ne pourrait s'exonérer des charges corrélatives qu'elle impose.

Tout ce que nous venons de dire s'applique à la mère comme au père.

SECTION V.

De certaines mesures de garantie prises contre le tuteur et qu'on ne prend pas contre le père administrateur légal.

Nous avons déjà montré au début de cette étude combien étaient distincts l'un de l'autre, quoique partant tous deux de la même idée de protection due aux mineurs, les deux pouvoirs appelés *tutelle* et *administration légale*. Cette dernière ne doit pas être entourée des mesures de défiance qu'on prend contre les tuteurs. C'est, au contraire, une administration basée sur la confiance et l'affection à laquelle, comme nous l'allons voir, la subrogée tutelle, le conseil de famille, l'hypothèque légale, ou d'une façon plus générale les garanties prises en matière de tutelle sont tout à fait étrangères.

Subrogé-tuteur. — La question de savoir s'il faut nommer au père administrateur légal un subrogé-tuteur ne saurait être discutée bien sérieusement. Le subrogé-tuteur suppose un tuteur, et pendant l'administration du père il n'y a pas tutelle, celle-ci ne prenant naissance que quand celle-là disparaît (art. 389 et 390). D'ailleurs, qui nomme le subrogé-tuteur? Le conseil de famille : nous

allons voir qu'il n'existe pas dans notre matière ; les travaux préparatoires l'indiquent clairement. Dans une observation de M. Berlier, déjà citée, il remarque que l'administration paternelle n'est pas la tutelle, autrement, « il faudrait que le père fut sous la surveillance « d'un subrogé-tuteur, d'un conseil de famille, ce qui « répugne aux principes constamment reçus... ». Et M. Laurent : « Peut-il être question d'une subrogée-tutelle là où il n'y a pas tutelle ». M. Demolombe insiste sur cette idée dans les termes suivants : « Qui dit « subrogé-tuteur dit tuteur, il n'y a point tutelle [sous l'administration légale], l'article 420 n'est donc pas applicable ». Presque tous les auteurs pratiquent cette manière de voir (1) : Duranton, Massé et Vergé, Toullier, De Fréminville, Ducaurroy, Bonnier et Roustain, Valette, Aubry et Rau, etc...

Nous tirerons de la solution que nous donnons toutes les conséquences pratiques qui en découlent : et, par exemple, nous dirons qu'au cas d'un jugement rendu par un fils mineur sous l'autorité paternelle, les délais d'appel courront du jour de la signification au père, sans qu'il soit besoin de signification à un subrogé-tuteur. C'est ce que dit la cour de Besançon dans un arrêt que nous avons cité plus haut.

(1) C'est aussi l'opinion constante de la jurisprudence. [Cassation, 4 juillet 1842 [Sirey, 1842, 1. 601] ou (J. P., 42. 2. 121). Besançon, 29 novembre 1864 [S., 1865. 2. 76]. Paris, 5 avril 1876 [D. P., 1877, 1. 34]. Bordeaux, 2 juin 1876 [S., 1876, 2. 338]. Cassation, 14 janvier 1878 [S., 78. 1. 218].

D'ailleurs, que ce soit le père qui exerce l'administration légale, ou que ce soit un administrateur *ad hoc*, la solution reste la même ; dans un cas comme dans l'autre, il n'y a pas lieu de nommer de subrogé-tuteur [Voyez cassation, 1878 (ci-dessus) ; et Bordeaux, 1876 (*idem*)], qui sont formels à cet égard.

Conseil de famille. — Nous avons montré que sous l'administration du père il n'existait pas de subrogé-tuteur, c'était montrer du même coup qu'il n'existait pas de conseil de famille : il y a identité de motifs. Cependant, M. Demolombe veut, dans certains cas, nommer au père administrateur un conseil de famille, c'est-à-dire appliquer les règles de la tutelle : suivant lui, le tribunal devant donner son autorisation pour certains actes, il faut que la famille soit d'abord consultée : « La garantie « que fait l'efficacité de l'intervention du tribunal, c'est « l'avis de la famille ». Nous ne saurions partager cette manière de voir, et si nous avons reconnu que l'autorisation du tribunal est nécessaire pour certains actes, nous l'avons fait précisément parce qu'elle doit, dans les cas qui nous occupent, *suppléer* à celle du conseil de famille qui n'existe pas dans notre matière : nous verrons, d'ailleurs bientôt, que les actes pour lesquels l'autorisation du tribunal doit être donnée sortent des limites de l'administration proprement dite. M. Demolombe, toutefois, ne se prononce pas d'une façon tout à fait catégorique, il veut que ce conseil de famille soit, non pas permanent, mais accidentel, qu'il soit réuni seulement quand il en sera besoin : mais aucun conseil de famille n'est permanent, aucun n'est réuni que quand il en est besoin, c'est-à-dire au cas d'utilité pour le pupille. Le savant professeur veut-il parler d'un conseil de famille sans existence — légale —, c'est-à-dire d'une réunion des membres de la famille se consultant sur les meilleures mesures à prendre dans l'intérêt de l'enfant, et que le tribunal pourra consulter s'il le juge à propos ? Dans ce cas seulement nous admettrions son système.

Aussi, nous croyons qu'un arrêt de la cour de cassation, à la date du 16 décembre 1829 (1), a mal jugé que la destitution du père administrateur doit être faite par le conseil de famille. Au contraire, la cour de Bourges (2) a bien jugé que le père peut intenter une action immobilière sans l'autorisation du conseil de famille, l'administration du père pendant le mariage n'étant pas assimilée à cet égard à celle du tuteur.

Hypothèque légale. — L'article 2121 grève d'une hypothèque légale les biens des tuteurs. Les immeubles du père y sont-ils également soumis ? Nous répondrons négativement. En effet, l'article 2115 nous apprend que l'hypothèque n'a lieu que dans le cas et suivant les formes déterminées par la loi, et nous voyons dans l'article 2117 que l'hypothèque légale ne résulte que de la loi : or, la loi n'a parlé nulle part d'une hypothèque légale grevant les biens du père administrateur ; c'est donc qu'il n'en existe pas. En supposant d'ailleurs qu'elle existe, quel rang pourrait-on lui assigner ? L'article 3135 nous dit bien que l'hypothèque du mineur grève les biens du tuteur « du

(1) Arrêt du 16 décembre 1829 (D. P., 30. 1. 8).

(2) Arrêt du 11 février 1863 (D. P., 64. 5. 305). — Voyez aussi cassation, 3 juin 1867 (D. P., 68. 27). Par cet arrêt, le premier qui établisse une distinction nette entre l'administration légale et la tutelle, la cour de cassation juge que « le père administrateur légal pendant le mariage, des biens de ses enfants, n'est pas, en règle, générale, soumis aux règles de la tutelle, et *notamment à l'intervention d'un conseil de famille*. Ainsi, il peut, à la différence du tuteur, acquiescer *sans l'autorisation du conseil de famille* à un jugement relatif aux droits immobiliers de l'enfant mineur, et notamment au jugement qui rejette une action en rescision du partage d'une succession immobilière intentée par lui au nom de cet enfant ».

jour de l'acceptation de la tutelle » ; mais le père n'a pas à accepter l'administration des biens de ses enfants : c'est un devoir légal qu'il est obligé de remplir en vertu de sa seule qualité de père et auquel on ne peut assigner une date certaine. Les auteurs qui admettent l'existence de l'hypothèque ont essayé de le faire : suivant les uns, l'hypothèque daterait du jour où l'enfant commence à posséder des biens ; c'est l'opinion soutenue par M. Persil dans son traité du régime hypothécaire ; d'après les autres, l'hypothèque date du jour de la naissance de l'enfant ; c'est une date tout à fait arbitraire : ces deux opinions ne peuvent se soutenir logiquement, et le code ne les autorise pas.

Si une telle hypothèque existait, elle ne pourrait que compromettre le patrimoine du père de famille déjà grevé de celle de la femme. La coexistence de deux hypothèques générales sur l'ensemble des biens du mari ruinerait son crédit.

Enfin, nous avons vu que dans l'administration légale il n'y a pas de subrogé-tuteur et l'hypothèque des mineurs exige l'existence d'un subrogé-tuteur (art. 2137, 2138, 2142 et 2194).

M. Laurent soutient notre opinion avec sa logique habituelle : « Une hypothèque *légale* peut-elle exister sans *loi* ? Le bon sens comme les principes du droit disent « que l'hypothèque légale est de stricte interprétation : le « code civil la donne au mineur sur les biens de son tuteur : il ne la lui donne pas sur les biens de son père « administrateur : cela décide la question ».

La jurisprudence est unanime dans notre sens et nous ne pourrions citer qu'un arrêt de la cour de Toulouse,

rendu à la date du 23 décembre 1818 [J. Dalloz], qui soit contre notre opinion (1).

Nous parlons d'hypothèque légale : on ne saurait non plus admettre qu'un disposant fasse à un mineur un legs sous la condition que la gestion des biens légués sera garantie par une hypothèque sur ceux du père. C'est à tort que la cour de cassation (2) a validé une telle clause. Nous avons vu qu'il ne peut exister sur les biens du père d'hypothèque légale ; dans notre espèce, il ne peut être question d'une hypothèque judiciaire (art. 2123). Il reste l'hypothèque conventionnelle (art. 2124, voyez de plus art. 2127). Que serait une hypothèque *conventionnelle* dans laquelle la *convention*, l'accord entre les parties fait défaut ! Nous n'admettrons jamais qu'une personne appose comme condition à un legs qu'elle fait à une autre l'existence d'une charge aussi lourde que l'hypothèque *sur les biens d'un tiers*, fût-il le père du légataire : le legs par rapport au père demeure *res inter alios acta* et ne peut lui nuire en aucune façon.

Enfin, nous avons vu plus haut que l'administration légale est une institution d'ordre public, les tiers ne peu-

(1) Dans notre sens, voyez : Bruxelles, 22 mai 1819 (J. G., priv. et hyp., 1035) ; — Liège, 8 mars 1821 (*Ibid.*). — *Civ. Reg.*, 3 décembre 1821 (*Ibid.*). — Liège, 28 mars 1822 (*Ibid.*) — Lyon, 3 juillet 18271 (*Ibid.*). — Toulouse, 25 février 1845 [D. P., 45. 4. 438]. — Bordeaux, 10 avril 1845 [D. P., 45. 4. 16]. — Nîmes, 5 février 1849 [D. P., 50. 1. 266-267]. — Grenoble, 4 février 1850 [D. P., 52. 2. 47]. Confirmant tribunal de Valence, jugement du 12 août 1849]. — Riom, 30 août 1852 [D. P., 54. 2. 227]. — Toulouse, 2 janvier 1863 [D. P., 63. 2. 215]. La cour de Toulouse revient sur sa première décision : elle s'était prononcée en sens contraire dans un arrêt du 23 décembre 1818.

(2) Cassation, 30 avril 1833 (S., 33. 1. 466).

vent donc lui enlever quoi que ce soit de son caractère, ils ne peuvent pas plus la rendre onéreuse pour le père que l'en décharger.

SECTION VI.

Opposition d'intérêts entre le père et le fils. — Nomination d'un administrateur *ad hoc*.

Avant d'étudier l'administration légale dans son exercice, nous traitons ici une question qui n'a pas de place assignée et que nous ne pouvons cependant passer sous silence.

L'opposition d'intérêts entre le mineur et son père (1) donne lieu à la nomination, non d'un tuteur *ad hoc* ou d'un subrogé-tuteur *ad hoc*, comme on l'a prétendu, mais à celle d'un administrateur *ad hoc* par le tribunal de première instance, en la chambre du conseil. Telle est du moins notre opinion sur cette question controversée : nous voulons qu'on nomme, en ce cas, un administrateur, parce que nous ne sommes pas dans le régime de la tutelle ; et nous voulons qu'il soit nommé par le tribunal, qui est le seul pouvoir de contrôle que nous admettions en matière d'administration légale.

Aussi, nous adoptons pleinement les motifs d'un arrêt de la cour de Paris que nous relatons ici à cause de sa netteté et de sa précision (2).

(1) Il y a opposition d'intérêts quand, par exemple, le mineur et son père figurent comme parties adverses dans une contestation ; — quand ils contractent ensemble ; — quand l'un est appelé comme légataire, l'autre comme héritier *ab intestat* à la succession d'une même personne.

(2) Paris, 9 janvier 1874, ch. du conseil [Dalloz, 1876, 2^e partie, page 23].

— Le sieur T.... est décédé laissant deux enfants mineurs. Sa femme commune se remarie à un sieur C...., dont elle a une fille Emilie C.... En 1872, un des enfants T.... meurt, laissant pour héritiers la dame T.... sa mère, son frère germain et Emilie C...., sa sœur utérine. La liquidation de la communauté des époux T.... et de la succession T.... père et fils est demandée par les créanciers de T.... père. Les intérêts d'Emilie C.... et de ses père et mère étant opposés dans cette liquidation, les créanciers demandent en justice la nomination d'un administrateur *ad hoc* des intérêts d'Emilie C.... Le tribunal de Meaux rend un jugement en chambre du conseil (20 nov. 1873) qui ne fait pas droit à cette demande et se déclare incompétent *parce que le conseil de famille est seul compétent*. Les créanciers T.... font appel.

Arrêt :

« La cour : — Considérant que la tutelle n'est ouverte
« qu'après la dissolution du mariage arrivée par la mort
« des époux ou de l'un d'eux — que le père et la mère
« de la mineure C.... sont existants — qu'il n'y a donc
« lieu de lui nommer ni un tuteur ordinaire, ni un tuteur
« *ad hoc*, ni par suite de convoquer un conseil de famille
« — que dans le cas où se trouve la mineure C...,
« comme dans les cas analogues, il appartient aux tribu-
« naux de faire choix d'un administrateur *ad hoc* pour
« représenter les incapables en justice et y défendre
« leurs intérêts.

« Par ces motifs :

« Infirme le jugement dont est appel et par lequel le
« tribunal de Meaux s'est déclaré incompétent, et consi-

« dérant que l'affaire est en état de recevoir une
« décision : — Evoquant : nomme V.... *administrateur*
« *ad hoc* chargé de défendre les intérêts de la mineure
« Emilie C.... (1) ».

Nous croyons cette décision absolument conforme au

(1) Voyez aussi, dans notre sens, deux décisions du tribunal de la Seine, rendues en chambre du conseil : la première, à la date du 14 décembre 1863 ; la seconde, à la date du 20 janvier 1854. Voici notamment les termes de celle-ci :

« Attendu que le comte d'E.... a légué la nue-propriété de ses
« biens au mineur d'E...., son petit-neveu, et l'usufruit au
« requérant, père du mineur ;

« Que la comtesse d'E...., décédée après son mari, a institué
« pour légataires universels le requérant et la marquise de S....;

« Que cette dernière a demandé judiciairement, contre le requé-
« rant et son fils, la liquidation et le partage de la communauté
« qui a existé entre le comte d'E.... et sa femme ;

« Que, dans cette instance, les intérêts du mineur sont en oppo-
« sition avec ceux de son père, administrateur légal de sa personne
« et de ses biens ;

« *Qu'il appartient au tribunal de pourvoir au remplacement*
« *de l'administrateur légal, lorsqu'il se trouve empêché de rem-*
« *plir ses fonctions.*

« Attendu que....

« Attendu que le mineur, dont les père et mère sont tous deux
« vivants, n'est pas en tutelle ; — qu'il n'a pas d'autres protec-
« teurs ; — que les actes que fait le père, administrateur légal,
« dans l'intérêt de son enfant ne sont, dans aucun cas, soumis au
« contrôle et à l'approbation du conseil de famille ; — que la loi
« n'a point imposé, soit à l'administrateur légal, soit même au
« tuteur, l'obligation d'obtenir l'autorisation du tribunal, lorsqu'il
« s'agit d'accepter une succession ; — qu'il suit de là que le père,
« administrateur légal, peut, sans l'approbation du conseil de
« famille ou de justice, accepter valablement sous bénéfice d'inven-
« taire la succession dévolue à son enfant mineur, etc...

« Nomme le général duc de S.... administrateur spécial du
« mineur d'E.... pour le représenter dans les liquidation et
« partage de la communauté qui a existé entre les successions
« desdits comte et comtesse d'E.... ; dit qu'il n'y a pas lieu d'ad-
« mettre, quant au surplus, les conditions de la requête ».

véritable caractère de l'administration légale : cependant, ce n'est pas l'opinion la plus répandue dans la doctrine.

Un système voudrait la nomination d'un tuteur *ad hoc* nommé, non par le tribunal, mais par le conseil de famille ; un autre, veut bien un administrateur *ad hoc*, mais nommé par le conseil de famille, ou encore, suivant un troisième, nommé par les personnes qui pourraient requérir la convocation du conseil de famille lorsqu'il y a lieu de nommer un tuteur ou un subrogé-tuteur. Ces opinions mixtes ne nous semblent pas strictement juridiques, et, la dernière, notamment, ne nous paraît pas s'appuyer sur des bases bien fixes. Disons quelques mots de ces différents systèmes.

Voici celui de MM. Aubry et Rau (4^e édit., § 123) :
« L'institution de la subrogée-tutelle est étrangère à
« l'administration légale. Lorsqu'il s'élève une contes-
« tation entre le père et ses enfants, ou qu'il s'agit de
« conclure entre eux un acte juridique dans lequel ils
« ont des intérêts opposés, le *conseil de famille* nomme
« à ces derniers un tuteur *ad hoc* ». Nous avouons que, serions-nous partisans du système qui veut un tuteur *ad hoc*, nous ne saurions admettre cette doctrine, qui nous paraît inexacte, pour ne pas dire illogique. Que disent, en effet, ces auteurs ? L'institution de la subrogée-tutelle étant étrangère à l'administration légale, il faut nommer un tuteur *ad hoc*. Nous comprenons que la subrogée-tutelle soit étrangère à l'administration légale, car elle est un corollaire de la tutelle, qui est elle-même étrangère à notre institution, et nous raisonnons ainsi : La subrogée-tutelle est étrangère à l'administration légale, parce qu'elle ne se comprend *que là où il y a tutelle*, et qu'il n'y a pas tutelle pendant, mais seulement après

l'administration paternelle. Nous n'admettons pas le raisonnement qui consiste à nier d'abord une chose pour prouver qu'elle existe : en allant au fond des choses, c'est bien là le système de MM. Aubry et Rau. Or, en raisonnant logiquement et en faisant abstraction des mots, on peut facilement se convaincre que *tutelle* et *subrogée-tutelle* ne sont que des manières d'être différentes de la protection due au mineur qui n'a plus ses père et mère : si donc l'une ne s'applique pas à l'administration du père, l'autre par cela même ne saurait s'y appliquer.

M. Demante (1) n'est pas très complet : il formule son opinion sans la prouver : « Le mineur ici n'ayant pas de « subrogé-tuteur, il faudrait bien, s'il survenait une « opposition d'intérêts entre lui et le père administra-
« teur, lui donner un représentant spécial : je crois « qu'alors on peut lui donner un représentant *ad hoc* ».

MM. Massé et Vergé veulent un tuteur *ad hoc* nommé, non par le tribunal, mais par le conseil de famille : ils blâment Duranton qui veut un subrogé-tuteur *ad hoc*, car, suivant eux, cela pourrait faire supposer que le père administrateur est un tuteur. Mais, eux-mêmes, ne le font-ils pas supposer ! Quand nomme-t-on un tuteur *ad hoc*, un tuteur accidentel ? C'est quand le tuteur ordinaire fait défaut.

Marcadé (*sur* 383, Appendice) veut aussi un tuteur *ad hoc* : « Tout le monde, dit-il, est d'accord là-dessus ». Suivant nous, c'est une assertion inexacte. Marcadé critique, lui aussi, Duranton : « Il ne peut y avoir de tuteur, « subrogé de tuteur *en second*, quand il n'y a pas de tu-

(1) Demante (tome 2, n° 137 *bis* — 2°).

« teur en premier ». Nous pourrions répondre à Marcadé qu'il n'y a pas de tuteur *ad hoc*, de tuteur *en second*, quand il n'y a pas de tuteur *en premier*; il y a un administrateur *ad hoc*.

Enfin, Toullier (1) partage l'erreur commune, ainsi que M. Demolombe (2), qui fait à Duranton les critiques que nous avons déjà citées.

Nous nous sommes reportés à l'opinion si vivement attaquée de Duranton : cet auteur veut qu'on nomme un subrogé-tuteur et non un tuteur, parce que le père, d'après lui, est un quasi-tuteur, et que *habenti tutorem non datur tutor* (§ *Interdum. Inst. De curat.*). Ce texte ne parle que d'un curateur, Duranton en convient, mais, dit-il, « nous croyons que dans nos mœurs il convient plutôt de nommer un subrogé tuteur ». Tel n'est pas notre avis, et il nous paraît que le texte latin est en notre faveur : nous préférons, en effet, un curateur (*curator, cura*, personne qui prend soin, mandataire). Ce curateur, — nous l'appelons administrateur *ad hoc*, — prendra aussi grand soin des intérêts de l'enfant qu'un tuteur ou un subrogé-tuteur *ad hoc*, et le nom que nous lui donnons aura du moins l'avantage de ne pas prêter à la confusion.

En somme, il faut bien le dire, nous avons contre nous la doctrine et la jurisprudence (3) : nous maintenons ce-

(1) Toullier, 6^e édition, vol. 1^{er}, page 198.

(2) Demolombe, tome 6, n^o 422.

(3) Voyez cependant dans notre sens : Palais, 1880, page 90 (Douai, 5 juillet 1878). Cet arrêt veut, toutefois, que l'administrateur soit nommé par le conseil de famille. — Voyez aussi : Paris, 9 janvier 1874 (S., 74. 2. 85). — Bordeaux, 2 juin 1876 [S., 76. 2. 330]. — Paris, 5 avril 1876 [S., 76. 2. 331]. — Cassation, 14 janvier 1878. [Palais, 1878, page 540]. Et, sous cet arrêt, le rapport fortement motivé de M. le conseiller Petit (M. Bédarrides, *prés.*; M. Rob. de Cléry, *avocat général*, conclusions conformes).

pendant notre manière de voir, laquelle, si nous ne nous trompons, a aujourd'hui des tendances à prévaloir. Un seul auteur nous prête son appui, c'est M. Laurent. Quoique les opinions qu'émet cet auteur, passent, peut-être avec quelque raison, pour être quelquefois d'une exactitude de raisonnement poussée jusqu'à l'excès, nous croyons que dans cette circonstance, il est le seul auquel on puisse se rallier, non cependant sans faire de réserves. Cet auteur dit que l'opinion commune nomme un tuteur *ad hoc*; sans s'appesantir sur cette dénomination, il prétend que « c'est le tribunal qui doit le nommer (1) ». M. Laurent a raison en ceci, mais si hardi habituellement à soutenir ses opinions, même contre l'opinion du plus grand nombre, il semble adopter, au cas particulier et contrairement à sa manière habituelle, une opinion mixte; il aurait dû, pour être tout à fait exact, se prononcer en faveur de l'administrateur *ad hoc*, la seule personne qu'on puisse nommer dans l'espèce.

Toutes les opinions que nous combattons se ressemblent et toute la question peut se ramener à celle-ci : En cas d'opposition d'intérêts entre le père et son fils, pendant le mariage du père, faut-il nommer un tuteur ? Nous répondons : Non. Toute personne dont les biens sont gérés par un administrateur peut avoir avec lui des oppositions d'intérêt. Il faudra donc, dans certains cas, en vertu de l'axiome *nemo potest auctor esse in rem suam*, lui nommer un gérant spécial dont les intérêts ne soient pas en jeu. S'il s'agit d'un mineur en tutelle, le cas est prévu : le subrogé-tuteur (art. 420) prendra en mains la cause de l'enfant. Peut-il en être de même pour un mineur

(1) Laurent, tome 4, n° 310.

sous l'autorité paternelle ? Pour nous, la question est facile à résoudre : Il résulte des précédents historiques et des travaux préparatoires que la puissance paternelle est une institution toute différente de la tutelle. Nous avons déjà montré que la puissance paternelle était pour le mineur la surveillance normale : la tutelle est seulement une institution — improvisée — qui vient remplacer l'autorité de droit commun quand celle-ci fait défaut. On ne peut, pour l'application de la *règle générale*, emprunter les règles particulières tracées pour l'*exception* ; et cela d'autant plus que, dans notre cas, c'est précisément à cause de son caractère exceptionnel que la tutelle a été soumise à des règles étroites et spéciales.

On ne peut nommer, pour remplacer le père, un subrogé-tuteur ; et comme il faut en tout cas que le mineur soit protégé, car, s'il y a opposition d'intérêts entre le fils et le père, celui-ci ne pourrait faire, en même temps, sa propre affaire et celle du fils, il y a nécessité de nommer à ce dernier un gérant dévoué à ses intérêts. Or, nous ne voyons pas ici d'autre nomination possible que celle d'un administrateur *ad hoc*, et nous n'admettons pas qu'il puisse être nommé par un conseil de famille, garantie que nous avons toujours rejeté en matière d'administration paternelle : le code n'ayant pas prévu notre cas, nous en arrivons à conclure que c'est au tribunal à prendre les mesures de rigueur et à nommer l'administrateur *ad hoc*.

Nous ne croyons pas que la mère puisse être nommée — administrateur *ad hoc* —, car elle n'exerce jamais l'administration que par émanation de la puissance paternelle qui reste, en principe, au père : nommer la mère serait ne nommer personne, ce serait donner aux

mineurs des garanties trompeuses. Si la mère pouvait être nommée, le plus souvent l'enfant ne serait pas protégé à cause du lien d'affection qui existe entre les deux époux, et de la pression morale que pourrait exercer le mari sur sa femme.

La jurisprudence se prononce contre notre système, sauf de rares exceptions : citons, entre autres, un arrêt de la cour de Bordeaux (1), des termes duquel il semblerait résulter que le tiers administrateur est un tuteur auquel il faudrait nommer un subrogé-tuteur.

Les raisons données par cet arrêt sont : que le mot d'administrateur *ad hoc* ne se trouve pas dans la loi, qu'au contraire, on y voit celui de tuteur *ad hoc* ; — qu'un administrateur ne serait pas une garantie suffisante pour le mineur ; — qu'enfin, le titre d'administrateur est absolument personnel au père et qu'un tiers n'en saurait être investi. En ce qui concerne ce dernier motif, nous ne le croyons pas probant, car il consiste à répondre à la question par la question qui, en somme, est celle de savoir si un tiers, c'est-à-dire — un autre que le père — peut être appelé administrateur : « Attendu, « dit l'arrêt, qu'on prétendrait vainement qu'on doit se « borner à nommer un administrateur légal *ad hoc* « dont la protection, remplaçant pour le mineur celle « du père, s'exerce dans les mêmes conditions que celle « ci, et qui reçoit valablement et seul, comme le père « lui-même, toutes les significations destinées au mineur ». Il est facile de traiter de vaine l'opinion adverse ; c'est l'énonciation d'une proposition, ce n'est pas

(1) Bordeaux, 19 mars 1875 (S., 76, page 97), Ricaud contre Barrère.

une preuve; peut-être pourrions-nous dire, pour notre part, et nous le disons en effet, que c'est le système de l'arrêt qui n'est pas le vrai.

Nous convenons que le mot de tuteur *ad hoc* se trouve dans la loi et que celui d'administrateur n'y est pas écrit : nous répondrons qu'en effet l'article 318 qualifie « tuteur *ad hoc* » la personne chargée de représenter le mineur dans une action en désaveu : mais ce n'est pas un véritable tuteur, la loi ne lui nomme pas de subrogé-tuteur, et il paraît que les législateurs ont pris ce mot de tuteur dans une acception tout à fait large (*tueri*, protéger). D'ailleurs, dans l'article 318, il n'est pas question d'opposition — d'intérêts — dans le vrai sens du mot, et par rapport à l'administration légale des biens, ici le cas est tout différent; il s'agit d'une action en désaveu, d'une *question d'état*; et comme c'est la puissance paternelle elle-même qui est discutée (avec tous ses attributs : administration légale, etc., etc.), l'enfant se trouve pendant l'instance dans une situation mixte : l'enfant sera-t-il légitime ou naturel, sera-t-il en *tutelle* ou sous la puissance paternelle? Dans cet état de choses, le tiers est aussi bien un tuteur qu'un remplaçant du père : si l'enfant triomphe, il est sous la puissance paternelle, et c'est à ce moment seulement que la question que nous discutons pourra se poser. C'est à ce moment seulement qu'il pourra y avoir lieu de nommer à l'enfant, dont les intérêts sont opposés à ceux du père, non pas un tuteur, mais un administrateur — intérimaire — à la place du père administrateur — permanent — pour éviter chez ce dernier un conflit entre l'intérêt et le devoir.

CHAPITRE III.

RÈGLES D'EXERCICE DE L'ADMINISTRATION LÉGALE.

L'article 389 nous a déjà montré que le père est administrateur, il nous apprend aussi qu'il est comptable. L'article aurait omis de le dire que nous eussions dû le faire à sa place, car tout administrateur des biens d'autrui doit rendre compte de sa gestion : ainsi, les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent (art. 125) ; ainsi, le tuteur (art. 469) ; ainsi, l'héritier bénéficiaire (art. 803) ; ainsi, le curateur à une succession vacante (art. 813, *in f.*) ; ainsi, le mari administrateur des biens de la femme commune (art. 1428) ; ainsi encore, le mari sous le régime de la séparation de biens (art. 1531). Quoiqu'il en soit, l'article 389 est formel : le père administrateur est comptable : nous devons porter notre attention sur cette disposition finale de l'article 389 ; elle pourra nous aider à trouver la solution d'autres questions. Nous allons traiter séparément : — des formalités à remplir par le père au début de sa gestion ; — des actes proprement dits d'administration.

SECTION I.

Quelles formalités le père doit-il remplir au début de sa gestion ? —
Caution. — Inventaire. — Vente des meubles corporels.

Caution. — Le père administrateur légal doit-il donner caution en cette qualité ? Nous dirons que non, car aucune disposition de la loi ne l'exige de lui : le mari administrateur des biens de sa femme, le tuteur ne sont

pas obligés de le faire, à plus forte raison le père administrateur en est-il dispensé, car, si on n'exige pas la caution pour la tutelle qui est un gouvernement qu'on pourrait appeler de défiance, on ne saurait l'exiger relativement à l'administration toute de confiance du père de famille. D'ailleurs, le père qui a l'usufruit légal ne fournit pas caution contrairement à l'usufruitier ordinaire (art. 601), c'est donc, qu'à cet égard, il est privilégié. En règle générale, un administrateur ne fournit pas caution, car il a été choisi de confiance ; il en est de même du père, avec cette différence que c'est le législateur lui-même qui l'a choisi. Il est vrai que l'article 120 oblige les envoyés en possession des biens d'un absent à fournir caution ; mais c'est dans un cas d'administration tout spécial : les envoyés en possession gèrent comme héritiers présomptifs une fortune qui doit leur advenir plus tard, qu'ils considèrent peut-être déjà comme leur appartenant ; de plus, escomptant la mort probable de l'absent, ils auraient trop facilement accaparé les biens.

La cour de Toulouse a prononcé un arrêt dans notre sens (1) : nous n'en rapporterons que deux *considérants*.

“ La cour : — Considérant... qu'aucune disposition de
“ la nouvelle législation n'impose au père l'obligation de
“ fournir caution ou emploi aux débiteurs de ses enfants,
“ et que le silence du législateur laisse à cet égard subsister les anciens principes *qui mettaient l'administration du père au-dessus de toute recherche*....

“ Considérant que [le tuteur datif est dispensé de

(1) Toulouse, 26 août 1818 (D., *Rép. puiss. pat.*, n° 121). — Voyez aussi, dans notre sens : Lyon, 9 août 1877 [S., 78. 2. 174].

« fournir caution], que si la loi accorde un tel degré de
« confiance à un étranger qui souvent n'a pas une solva-
« bilité proportionnée à l'importance de son administra-
« tion, à plus forte raison faut-il croire qu'elle a entendu
« l'accorder à *un père*, qui a sur ses enfants un pouvoir
« naturel, *inhérent à son caractère*, et que les sentiments
« de la nature doivent porter à n'en user que pour son
« avantage.

« Considérant...., etc.

« Par ces motifs : [réformant le jugement rendu] a
« déclaré et déclare ledit Bertrand n'être tenu de donner
« caution ni de fournir emploi ».

M. Dalloz, qui rapporte cet arrêt, fait les très justes réflexions qui suivent : « Le législateur a fait preuve ici
« d'une haute et prudente philosophie : indépendamment
« de la garantie qu'offre l'affection des père et mère, la
« loi ne devait pas *frapper d'un caractère humiliant de*
« *défiance* les rapports des enfants avec leurs père et
« mère. »

Nous adoptons pleinement ces considérations : s'il est une puissance inviolable dans son essence et à laquelle nul n'a le droit de porter atteinte, c'est avant tout la puissance paternelle.

Inventaire. — L'administrateur légal doit-il inventorier les biens de l'enfant? Cette question est embarrassante : nous avons toujours envisagé l'administration paternelle à un point de vue qui doit nécessairement nous faire rejeter toute idée d'inventaire ; d'autre part, l'article 389 nous disant que le père est comptable, nous serions portés à exiger de lui cet inventaire qui est le point de dé-

part du compte que doit rendre tout administrateur. Il nous faut donc chercher une solution qui s'accorde à la fois avec les termes de l'article 389 *in fine*, et le caractère vrai de l'administration légale.

M. Laurent dit purement et simplement qu'il n'y a pas lieu de faire inventaire : « Est-ce que la loi ordonne au « père de faire inventaire ? Non ». Nous ne pouvons adopter ce système trop radical ; nous ne comprenons pas la reddition d'un compte, faite de souvenir, sur des données vagues. Il faut une base pour appuyer l'exactitude du compte (1) : faudra-t-il donc dire que le père doit faire inventaire ? On l'a prétendu : le premier soin de tout administrateur de la fortune d'autrui, n'est-il pas d'en établir la consistance ! Aussi, on a cherché à résoudre la question en raisonnant par analogie du mandat : on a vu dans l'administration du père un mandat légal dont il est investi *ipso jure* : mandat qui présente une analogie frappante avec celui du mari administrateur des biens de sa femme. Or, celui-ci est tenu de faire inventaire des biens échus à sa femme (art. 1414, 1415 et 1442) ; on en a conclu que le père administrateur y est également tenu. Nous n'admettons pas cette solution, qui est absolument contraire au caractère privilégié de notre administration. Voici, croyons-nous, la vraie doctrine sur la question : le père a sur les biens de ses enfants mineurs une administration qui est tout à fait large et délivrée de toute entrave parce qu'elle est toute de confiance : on ne saurait exiger de lui les garanties qu'on demande à tout autre administrateur

(1) Nous ne parlons que du père *administrateur* : s'il est usufruitier, il doit faire un inventaire (art. 600 et 385, C. C.).

des biens d'autrui, et particulièrement au tuteur, ou même au mari administrateur des biens de sa femme. Le père est dispensé de l'inventaire au début de sa gestion ; s'il ne fait pas inventaire, aucune peine ne sera prononcée contre lui, puisqu'il ne saurait y avoir de *sanction* là où il n'y a pas d'*obligation* ; mais il sera tenu, en vertu de ce principe de bonne foi, qu'il doit gérer en bon père de famille, non pas de faire un inventaire proprement dit, mais d'établir, à sa convenance, une situation détaillée des biens de l'enfant, ressemblant plutôt à ces inventaires annuels que font les commerçants dans leur propre intérêt et pour se renseigner eux-mêmes sur l'état de leurs affaires ; et il le fera seul. « Il n'est pas tenu, dit Demolombe, de se faire nommer un contradicteur à lui-même ».

On nous objectera sans doute que dans notre système les intérêts du mineur ne sont pas suffisamment sauvegardés. Ils le sont, car nous aurons toujours, en fin de compte le contrôle du tribunal de première instance, qui est le contrôle normal, suivant nous, en matière d'administration paternelle. Au cas où le mineur, au moment de la reddition des comptes d'administration, saisirait le tribunal d'une contestation relative à la gestion paternelle, le tribunal aura ici à exercer son pouvoir d'appréciation et à accepter toutes les preuves qui lui sembleraient devoir être admises pour le mieux des intérêts du mineur.

NOTA. — La preuve par commune renommée doit-elle être admise ici ? On sait combien cette preuve est dangereuse et incertaine ; *fama crescit eundo*. M. Aubry l'admet (*Revue*, 1844, page 670). C'est aussi l'avis de M. Demolombe (tome VI, n° 435). Suivant lui, c'est souvent la *seule* preuve possible et on ne comprendrait pas

que la loi qui l'admet dans les articles 1415, et 1504 et surtout dans l'article 1442, ne l'eût pas admise ici. Suivant nous, cette preuve, présentant de graves dangers et étant de droit étroit, ne doit être admise que dans les cas spécialement prévus et ne peut être étendue par voie d'analogie. Ce sera souvent, nous dit-on, la *seule* preuve possible : soit, mais la loi ne la permet pas, et il n'est pas permis de violer la loi (1).

Vente du mobilier. — M. Laurent ne la permet pas : *aliéner* est faire acte de *disposition* et l'administrateur ne peut *disposer*. Cet auteur a tort : M. Demolombe permet avec raison au père, soit de ne pas vendre, soit de vendre sans formalités (art. 452), mais, dit-il, non sans raison :
« Est-ce parce que la vente des meubles ne serait en
« principe considérée que comme acte d'administration ?
« Je ne voudrais pas admettre cette proposition *avec une*
« *telle généralité*.

« Ce qui est vrai, c'est que la loi paraît s'en remettre
« à la sagesse et à l'affection du père du soin de faire la
« vente selon ce qu'il croira le mieux, et, par conséquent,
« d'éviter les frais de justice, s'il le croit utile pour ses
« enfants » (Demol., tome VI, n° 437).

D'ailleurs, l'aliénation des meubles est quelquefois considérée comme un acte d'administration ; on le voit dans l'article 1449 : « La femme séparée de corps et de
« biens, soit de biens seulement, en reprend la libre ad-
« ministration : elle *peut disposer de son mobilier et*
« *l'aliéner* ». L'article indique bien que la vente de meubles peut être un acte d'administration. Il ajoute : « Elle

(1) Suivant Dalloz, J. G., *Puissance paternelle*, n° 81. Le père n'est pas tenu de faire inventaire, mais on pourra faire contre lui la preuve par commune renommée.

« ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement
« du mari, ou sans être autorisée en justice à son refus ». Aliéner ses *immeubles*...., c'est-à-dire faire acte de *disposition* : cette opposition des deux textes, dans l'article, n'est-elle pas expressive ? La vente des biens immobiliers nécessite une autorisation : Pourquoi ? Parce qu'il y a là un acte de *disposition* ; La femme vend ses biens meubles : acte d'*administration*.

L'argument tiré de l'article 1988, exposé par nos adversaires, ne prouverait rien dans notre cas, dans lequel il n'y a pas un mandat proprement dit, mais, un ordre de la loi, un devoir imposé, et, d'ailleurs, y aurait-il même mandat, l'argument ne serait pas probant, car nous venons de voir que la vente des meubles n'est pas nécessairement envisagé par le code comme un acte de disposition.

Le père a, suivant nous, toute latitude pour vendre ou conserver les meubles du mineur. Faut-il distinguer ici suivant que le père a ou non la jouissance légale : nous ne voyons aucune raison de le faire : On a voulu appliquer à l'administrateur légal l'article 453 : « Les père et mère, tant qu'ils ont la jouissance propre et légale de biens du mineur sont dispensés de vendre les meubles s'ils préfèrent de les garder. Dans ce cas ils feront faire à leurs frais une estimation à juste valeur par un expert qui sera nommé par le subrogé-tuteur.... » sans même aller plus loin, il est évident que cet article, spécial à la tutelle, ne peut pas, plus que les autres, s'adapter à l'administration légale du père ; la nomination de l'expert par le subrogé-tuteur serait impossible, puisque dans l'administration légale il n'y a pas de subrogé-tuteur.

Il n'y a donc pas à distinguer, suivant que le père a ou n'a pas la jouissance légale : la solution que nous avons donnée est générale et s'applique à tous les cas (1).

Nous n'avons parlé que des meubles proprement dits, des meubles *corporels*. Quelle solution faut-il donner relativement aux meubles incorporels (valeurs mobilières) ? Cette question mérite de retenir notre attention depuis qu'une loi nouvelle est venue fixer une doctrine et une jurisprudence variables.

SECTION II.

Loi du 28 février 1880.

[*Relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titre au porteur*].

Cette loi ne s'applique pas au père administrateur légal pendant le mariage.

Le code, s'inspirant sans doute de la vieille idée : « *vilis mobilium possessio* » avait laissé aux tuteurs une latitude très grande pour l'aliénation des meubles des mineurs, tandis qu'il avait entouré de sérieuses garanties l'aliénation des immeubles de ces incapables : c'est cette inconséquence que la nouvelle loi est venue faire cesser.

Aujourd'hui, en effet, que les sciences et les arts ont fait des progrès importants, l'industrie s'est développée

(1) Arrêt de la cour de Cassation (9 juillet 1866). LE DROIT du 11 juillet 1866.) Cet arrêt juge que l'inexécution des formes requises par l'article 452 *de la part du tuteur lui-même* n'est pas absolument obligatoire. A plus forte raison en doit-il être de même pour le père administrateur.

en conséquence et l'économie privée à changé de face. Depuis l'existence des grandes compagnies si nombreuses et en même temps si diverses, *l'importance des valeurs mobilière est au moins égale, et souvent supérieure à celle des biens immobiliers* : En cet état de choses il n'y avait plus aucune raison de différencier les deux classes de biens au point de vue des garanties à fournir à leur stabilité : le législateur l'a compris et c'est dans ce but qu'a été votée la loi du 28 février 1880. Elle est relative « *à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur.* »

Comme l'a fait remarquer le rapporteur, M. Denormandie, la loi a un « triple objet ».

1° Elle défend d'aliéner les meubles incorporels des incapables sans l'autorisation du conseil de famille et dans certains cas l'homologation du tribunal.

2° Elle prescrit la conversion en titres nominatifs des titres au porteur qui appartiennent aux incapables.

3° Elle règle l'emploi des capitaux et les délais à observer pour cette opération.

Le législateur qui suppose que le mineur est suffisamment protégé durant le mariage a laissé à l'administration du père toute latitude, tandis qu'il s'occupe avec un soin presque jaloux de la situation de l'incapable quand il sort de cette administration. C'est dans ce but qu'il a édicté des dispositions nombreuses que nous trouvons dans les articles 450, 452 et suivants, 2121 du code civil, dans les articles 953 et suivants du code de procédure, dans la loi du 24 mars 1806, dans le décret du 25 septembre 1813 (ces deux dispositions abrogées

aujourd'hui), dans la loi du 30 juin 1838 et enfin dans la loi nouvelle qui nous occupe.

Nous allons examiner si notre loi s'applique à tous les incapables.

Avant sa promulgation, la seule disposition concernant l'aliénation des meubles était l'article 452 du code civil, ainsi conçu : « Art. 452 : Dans le mois qui suivra la « clôture de l'inventaire, le tuteur fera vendre, en pré-
« sence du subrogé-tuteur, aux enchères reçues par un
« officier public, et après des affiches ou publications
« dont le procès-verbal de vente fera mention, tous les
« meubles autres que ceux que le conseil de famille l'au-
« rait autorisé à conserver en nature. »

S'il paraît évident que cet article n'a entendu viser que les meubles corporels, d'autre part on est forcé, à cause de la généralité de ses termes, de l'appliquer à tous les meubles, y compris les meubles incorporels.

Deux ans après arrive la loi du 24 mars 1806, spéciale aux *rentes sur l'Etat* : elle est générale aux tuteurs et aux curateurs : en voici les termes :

Loi du 24 mars 1806. — Art. 1^{er} : Les tuteurs et curateurs des mineurs et interdits qui n'auraient en inscriptions ou promesses d'inscriptions de cinq pour cent consolidé, qu'une rente de 50 francs et au-dessous, en pourront faire le transfert sans qu'il soit besoin d'une autorisation spéciale ni d'affiches, ni de publications, mais seulement d'après le cours constaté du jour et à la charge d'en compter comme du produit des meubles.

Art. 2. — Les mineurs émancipés qui n'auraient de même, en inscriptions ou promesses d'inscriptions qu'une rente de 50 francs et au-dessous, pourront également

les transférer, avec la seule assistance de leurs curateurs et sans qu'il soit besoin d'avis de parents et d'aucune autre autorisation.

Article 3. — Les inscriptions ou promesses d'inscriptions au-dessus de 50 francs ne pourront être vendues par les tuteurs ou curateurs qu'avec l'autorisation d'un conseil de famille et suivant le cours du jour légalement constaté. Dans tous les cas la vente pourra s'effectuer sans qu'il soit besoin d'affiches, ni de publications. »

Puis en 1813, à la date du 25 septembre, arrive un décret qui rend applicable aux actions de la Banque de France la loi ci-dessus.

Décret du 25 septembre 1813 (1). — Article unique : Les dispositions de la loi du 24 mars 1806 relatives au transfert d'inscriptions de rente cinq pour cent consolidée appartenant à des mineurs ou interdits, sont rendues applicables aux mineurs ou interdits propriétaires d'actions de la Banque de France toutes les fois qu'ils n'auraient qu'une action ou un droit dans plusieurs actions n'excédant pas en totalité une action entière ».

La loi de 1880 (art. 12) abroge ces deux dispositions spéciales : Elle fait ainsi cesser un doute qui existait sur le point de savoir : 1^o si les actions industrielles, qui sont des meubles incorporels (art. 529, c. c.), pouvaient être vendues par le tuteur seul ; 2^o si l'autorisation du conseil de famille, dans le cas de la loi de 1806, et par conséquent aussi dans celui du décret de 1813 devait être homologuée par le tribunal. La nouvelle loi ne distingue

(1) Nous insistons sur ces deux textes de loi, dont l'abrogation a eu un effet très important, quoique indirect sur l'administration paternelle.

pas ; l'article 1^{er} exige l'autorisation du conseil de famille *dans tous les cas*, et l'article 2 l'homologation du tribunal « lorsque la valeur des meubles incorporels à aliéner dépassera 1,500 francs en capital ».

La nouvelle loi s'applique évidemment à tous les tuteurs : tuteurs légaux, tuteurs datifs. On avait proposé lors de la première délibération du Sénat un amendement qui faisait une exception en faveur *du père et de la mère tuteurs*. L'amendement fut repoussé, et à tort, suivant nous : Il nous paraît que la qualité de père (ou de mère) méritait une faveur spéciale de la loi.

Comme le fait remarquer M. Michot dans son commentaire, « bien des raisons graves militaient en faveur de cet amendement.

« La loi, aussi bien que la nature, ont créé entre les
« père et mère et leurs enfants des biens, des obligations,
« une communauté d'intérêts en un mot, qui n'existent
« pas entre les tuteurs datifs et leurs pupilles ; c'est
« pour ses enfants que le père travaille, c'est pour eux
« seuls qu'il emploie la fortune commune ; ils sont l'ob-
« jet constant de sa sollicitude, assurer pour eux le pré-
« sent et l'avenir, tel est le but de sa vie. Qu'on ne nous
« taxe pas d'optimisme ou d'exagération ; c'est la loi
« naturelle ».

Quoiqu'il en soit, la loi s'applique à tous les tuteurs : mais ne s'applique-t-elle qu'aux seuls tuteurs ? L'article 8 répond à notre question : « Art. 8 : Les dispositions de
« la présente loi sont applicables aux valeurs mobilières
« appartenant aux mineurs ou aliénés, placés sous la
« tutelle, soit de l'administration de l'assistance publique,
« soit des administrations hospitalières. — Le conseil de

« surveillance de l'Administration de l'assistance publi-
« que et les commissions administratives rempliront, à
« cet effet, les fonctions attribuées aux conseils de fa-
« mille. — Les dispositions de la présente loi sont appli-
« cables aux administrateurs provisoires des biens des
« aliénés nommés en exécution de la loi du 30 juin 1838 ».

Nous n'avons pas à nous occuper ici des aliénés ni des personnes placées sous l'empire de la loi du 30 juin 1838 : Cette étude, qui présente de graves difficultés, serait ici déplacée ; qu'il nous suffise de dire que la loi de 1880 s'applique à tous les incapables :

— *A tous les incapables....*, disons-nous ; on remarquera cependant qu'il n'est pas parlé, dans la loi du mineur sous l'autorité paternelle, et c'est, suivant nous, à dessein : notre loi lui est étrangère. En effet, un amendement tendant à appliquer la nouvelle loi au père administrateur légal, dans certains cas, a été repoussé ; il était ainsi conçu : « La présente loi sera *applicable au*
« *père administrateur légal* dans les cas : 1° de sépara-
« tion de corps prononcée contre lui ; 2° de séparation de
« biens ; 3° d'expropriation ; 4° de faillite ou de déconfi-
« ture ».

Le Garde des sceaux a repoussé cette proposition, parce que *les règles de la tutelle ne s'appliquant pas à l'administration légale*, l'admission de cette proposition aurait pu présenter des dangers.

Si donc, dirons-nous, on n'a pas voulu faire application de la nouvelle loi contre le père administrateur *dans certains cas*, c'est parce que, *en règle générale*, elle lui est inapplicable. Cette question d'ailleurs ne fait plus doute aujourd'hui, elle a été fixée dans notre sens

par deux circulaires l'une du Garde des sceaux, l'autre du Directeur de la dette inscrite.

Circulaire du ministre de la justice aux procureurs généraux (20 mai 1880) : «..... Les dispositions de la loi ne s'appliquent pas à l'administration légale du père de famille. Cette distinction importante entre le père administrateur légal et le tuteur résulte nettement des déclarations consignées dans les rapports et reproduites au cours de la discussion. Il a été formellement reconnu que la loi *était faite pour limiter les pouvoirs des tuteurs, en sorte qu'elle n'est applicable en principe que là où il y a tutelle*. Le père administrateur légal pourra donc à l'avenir, et contrairement à la pratique suivie jusqu'ici par le Trésor en matière de rentes, aliéner ces valeurs appartenant à des enfants mineurs. La loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813, dont les dispositions parfois contestées d'ailleurs, lui étaient appliquées sont formellement abrogées par l'article 12 de la loi du 27 février, etc. . . . ».

Circulaire du directeur de la dette inscrite (ministère des finances, 10 mars 1880), aux trésoriers-payeurs généraux, sur l'exécution de la loi du 27 février 1880, relativement aux rentes sur l'Etat :

« Jusqu'à ce jour le Trésor avait fait une assimilation complète entre la situation du tuteur et celle du père administrateur légal des biens de ses enfants mineurs ; il se fondait sur ce principe de droit qu'un administrateur ne pouvait puiser dans sa seule qualité le pouvoir de consentir une aliénation. Le transfert d'une rente au-dessus de 50 francs, possédée par un

« mineur placé sous l'administration légale de son père,
« n'était donc admis par le Trésor que s'il était justifié
« d'une autorisation du conseil de famille, ou, à défaut
« de cette autorisation, d'un jugement de la chambre du
« conseil.

« Cette manière de procéder contre laquelle s'étaient
« élevés plusieurs jurisconsultes et qu'avait combattue
« un jugement du tribunal de la Seine en date du 17
« décembre 1876 (affaire des mineurs Faure), doit être
« aujourd'hui définitivement abandonnée. La question est
« tranchée dans le sens de la négative, sinon par le texte
« même de la nouvelle loi, du moins par la discussion
« dont elle a été l'objet tant au Sénat qu'à la Chambre
« des députés. Il résulte d'ailleurs du rapport présenté
« au Sénat par M. Denormandie qu'en réalité cette loi est
« faite *contre les tuteurs, en sorte qu'elle n'est applicable*
« *en principe, que là où il y a tutelle.* Peu importe du
« reste que cette tutelle soit légale ou dative. (Séances
« du Sénat des 3 et 26 mai 1878).

« *Le père administrateur* pourra donc désormais trans-
« férer les rentes appartenant à son fils mineur, sans
« aucune autorisation, quelle qu'en soit la quotité.

« La qualité d'administrateur sera suffisamment cons-
« tatée soit par l'énonciation faite dans une procuration
« ou un certificat de propriété, soit même par l'indication
« portée sur le titre de rente, en cas de transfert simple,
« sans que le Trésor ait à rechercher si un changement
« est survenu entre la date des procurations, certificats
« de propriété ou inscriptions, et la date du transfert. »

Outre le jugement du 17 décembre 1876, et depuis la
nouvelle loi, le Tribunal de la Seine, dans un jugement
fortement motivé, à la date du 27 avril 1882, a prononcé

et bien prononcé suivant nous, que : La loi du 27 février 1880 relative à l'aliénation, etc ... *n'est pas applicable au père administrateur légal de ses enfants mineurs.*

LE TRIBUNAL : — Attendu que les mineurs Léonce Bourlon et Edmond-Yorick-Henri Bourlon, enfants légitimes des époux Bourlon sont nus propriétaires d'un titre de rente française 3 p. 100 de 4,950 fr. inscrit sous le n° 262627, série 2^e, immatriculé de la manière suivante :

« Bourlon Henri-Théodore-Edmond et Marie-Estelle-Victorine Perraud, sa femme, pour l'usufruit conjointement et indivisément, la nue-propriété à Léonie Bourlon et Yorick-Henri Bourlon, mineurs sous l'administration légale de leur père, chacun pour moitié ; »

Attendu que les époux Bourlon ont fait vendre par Roblot, agent de change, ledit titre de rente afin d'en distraire le capital de 1,150 fr. de rente que Bourlon veut employer à sa guise ;

Attendu que Roblot, après avoir fait l'opération, a refusé de la réaliser en alléguant que Bourlon n'avait pas le droit de vendre une rente française nominative appartenant pour la nue propriété à ses enfants mineurs ;

Attendu que, pour résoudre la difficulté soumise au Tribunal, il y a lieu de déterminer les droits du père de famille, administrateur légal de ses enfants mineurs ;

Attendu que la loi du 27 février 1880, relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur a énuméré les formalités à remplir par les tuteurs pour l'aliénation des valeurs mobilières ; que cette loi ne contient aucune disposition relative à l'administration

du père de famille, pendant le mariage ; que cette administration se trouve régie par l'art. 389 ud Code civil ainsi conçu : « Le père, durant le mariage, est comptable quant à la propriété et aux revenus des biens dont il n'a pas la jouissance, et quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit. »

Qu'il résulte de ces termes, *le père est comptable*, qu'il doit être considéré comme ayant le droit d'aliéner les valeurs mobilières, puisqu'il n'est pas tenu comme un dépositaire de valeurs, mais comme un débiteur de deniers provenant de la vente desdites valeurs ;

Qu'il est certain, tout au moins, que l'article précité n'emporte pour le père, pendant le mariage, aucune prohibition d'aliéner les valeurs mobilières, que cette interprétation se trouve confirmée d'une manière éclatante par la discussion de la loi du 27 février 1880 ; qu'il suffit de se reporter à la discussion de la loi devant le Sénat pour être fixé sur le dernier état de la législation en cette matière ;

Qu'on lit, en effet, dans le rapport de la commission :

« On a dit, par exemple, qu'autant l'exception, c'est-à-dire la faculté d'aliéner accordée au père pendant le mariage, devait être faite pour le père administrateur légal, autant il n'en pouvait être ainsi lorsque la mort a fait disparaître soit le père, soit la mère ; le législateur intervient dans ce cas pour compléter le défaut de garantie qui peut résulter du décès du père ou de la mère. Il est utile qu'une mesure protectrice émanée de lui et inspiré par sa sollicitude puisse prendre, pour ainsi dire, la place de l'époux qui n'est plus là.

« Votre commission a été de cet avis qu'il n'y avait pas lieu d'étendre au père administrateur l'application

de la loi. Dans la situation à laquelle nous faisons allusion, la famille existe toute entière, elle est représentée par ses deux chefs ; la coexistence des deux époux, leur union, leurs efforts communs, paraissent être autant d'éléments de sécurité pour les intérêts que le mineur peut personnellement posséder, ce qui est du reste assez exceptionnel. En tous cas, il y a là une garantie morale et une garantie matérielle.

« Cette immixtion du législateur venant se placer et s'interposer avec un sentiment de suspicion entre les parents et les enfants quand les époux sont tous deux vivants, nous a paru contraire aux principes généraux de notre droit »

Le rapporteur, dans la discussion, rendait encore plus nette l'intention de la commission en disant : « La double préoccupation à laquelle nous avons ainsi répondu est née bien certainement d'un malentendu : on dit, on répète que la loi est faite pour les mineurs, notamment pour les mineurs qui ont encore leur père et mère. Il serait donc plus exact de dire que c'est une loi faite contre les tuteurs, en sorte qu'elle n'est applicable, en principe, que contre les tuteurs, donc là seulement où il y a tutelle. »

Attendu que de ce qui précède il résulte clairement que Bourlon, administrateur légal des biens de ses enfants mineurs, a le droit de faire vendre tout ou partie de la nue propriété du titre de rente dont il s'agit ; que la résistance de l'agent de change n'est justifiée par aucun texte de loi ; qu'il y a lieu par suite d'ordonner que l'opération faite par lui le 3 juin sera maintenue et réalisée.....

Par ces motifs, etc., etc...

Le législateur et le juge sont donc d'accord avec nous pour conserver au père de famille ce caractère spécial et élevé que nous prétendons lui accorder. — « Votre commission, disait encore le rapporteur, a été d'avis qu'il n'y avait pas lieu d'étendre au père administrateur l'application de la loi... Cette immixtion du législateur venant se placer et s'interposer avec un sentiment de suspicion entre les parents et les enfants, quand les époux sont tous deux vivants, nous a paru *contraire aux principes généraux de notre droit* ».

En somme, nous voyons que si la loi de 1880 ne s'applique pas à l'administration légale du père, elle a cependant produit indirectement sur cette administration un sérieux effet : elle a fait cesser une jurisprudence presque constante sur le point de savoir si la loi de 1806 et le décret de 1813 devaient s'appliquer à l'administration paternelle. La jurisprudence raisonnant à tort par analogie de la tutelle appliquait ces deux dispositions au père administrateur. La loi nouvelle les ayant abrogées, le père, aujourd'hui, a des pouvoirs aussi larges que possible pour aliéner les valeurs mobilières de ses enfants puisque aucun texte de loi ne l'astreint à aucunes formalités, à aucunes garanties.

SECTION III.

Gestion proprement dite.

Un système assez généralement suivi et que nous repousserons, car, s'il paraît d'une application facile, il est inexact, consisterait à dire comme l'ont fait MM. Marcadé, Massé et Vergé, que le père peut faire *seul* tous les actes

pour lesquels le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille ; et cette différence étant toujours observée, on n'aurait plus qu'à assimiler complètement les deux administrations du père pendant le mariage et du tuteur. Ce système, disons-nous, est inexact ; il n'est pas en harmonie avec les termes mêmes de l'article 389. Pour nous, voici le système que nous adoptons et que nous avons déjà formulé au début de cette étude (1) : le père peut faire seul les actes d'administration, pour ceux de disposition il lui faut l'autorisation de justice ; mais ceci est trop vague et on nous demandera ce que nous entendons par actes d'administration, actes de disposition. La question présente une certaine difficulté, car nulle part la loi n'a pris le soin d'énumérer et de différencier les deux

(1) [Voyez page 32]. Le système que nous adoptons n'est pas arbitraire : il découle logiquement des termes de l'article 389 et des travaux préparatoires. L'article 389 nous apprend que le père est administrateur comptable : c'est-à-dire qu'il a l'administration mais non la disposition des biens de ses enfants, et il administre seul ; c'est encore le sens de l'article 389. Cet article prend évidemment le mot d' — administration — par opposition à celui de — disposition. — Ces actes de disposition, le tuteur peut les faire sous certaines restrictions qui se résument en ceci : autorisation du conseil de famille, homologuée dans certains cas par le tribunal. Il résulte clairement des travaux préparatoires que le père ne saurait comme le tuteur être sous la surveillance d'un conseil de famille dont, par conséquent, les décisions ne sauraient être homologuées par le tribunal (Observ. de M. Berlier). Comme à ces raisons viennent s'ajouter la qualité de « père » qu'a l'administrateur légal, et la faveur qui s'attache à cette qualité, nous dirons que l'administration du père est privilégiée, que quant à l'administration proprement dite, il a toute latitude. Il n'en saurait être de même pour les actes de disposition : nous avons déjà montré que tout pouvoir, si privilégié qu'il soit, est soumis à un contrôle. Au pouvoir du père, on n'en peut trouver qu'un : c'est celui du tribunal.

sortes d'actes dont nous parlons : ainsi les baux ne sont absolument ni des actes de disposition, ni des actes d'administration : il faut distinguer suivant leur durée. Les baux consentis pour plus de neuf années sont des actes de disposition : pour ceux-ci il faudra au père l'autorisation du tribunal. Les baux de moins de neuf années rentrent dans les actes de simple administration (art 1429, 1430 et 1718). Nous avons encore montré que les ventes de meubles ne sauraient non plus toujours être qualifiées actes de disposition et qu'il était des cas où ces ventes n'étaient que des actes d'administration ne dépassant pas les pouvoirs conférés au père par l'article 389.

Peut-on dire que les actes d'administration consistent dans le soin d'entretenir, de conserver le patrimoine, de cultiver les terres et d'en percevoir les fruits, de passer les baux de fermes, etc., etc. Cette définition admise par beaucoup qui croient s'en faire une idée claire, est d'une généralité telle qu'elle peut faire naître l'inexactitude. Pour un certain nombre d'actes tout le monde est d'accord ; mais où le doute et la difficulté commencent c'est quand il faut tracer les limites précises de séparation entre les deux domaines de l'administration et de la disposition : à ce moment la définition donnée plus haut échoue ; le mieux est de n'en pas donner et d'examiner séparément les différentes espèces qui peuvent se présenter. Peut-être pourrait-on dire que les actes de *disposition* sont ceux par lesquels on touche à l'intégralité d'un bien, par lesquels on le rend incomplet ; cette définition en somme ne serait guère plus précise que la précédente.

Nous allons examiner un certain nombre d'actes exercés par le père, nous verrons à leur examen dans quelle classe il faut les faire rentrer.

Aliénation d'immeubles. — L'article 457 nous apprend que le tuteur, pour aliéner les biens immobiliers du mineur, a besoin de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du Tribunal; encore faut-il qu'il y ait nécessité absolue. Le père administrateur légal est-il astreint aux mêmes formalités? M. Demolombe professe à cet égard un système que nous n'admettons pas : le père administrateur y est tout à fait assimilé au tuteur.

« Est-ce que l'autorisation du conseil de famille n'est pas
« pour ainsi dire la condition préalable et nécessaire de
« l'autorisation du Tribunal? Et lorsqu'on exige l'auto-
« risation du Tribunal n'est-il pas logique, dès lors, d'exi-
« ger aussi l'autorisation de la famille? Quel est le but
« de ces avis de parents? C'est précisément d'éclairer la
« religion du Tribunal. » Nous reproduirons ici un re-
proche que nous avons déjà osé faire à M. Demolombe :
c'est de ne pas assez distinguer le conseil de famille de
l'avis des parents ; nous admettons parfaitement un *avis*
des parents pour « éclairer la religion du Tribunal » ;
mais ce que nous n'admettons pas ici, c'est la présence
légale d'un véritable conseil de famille sous la présidence
du juge de paix en dehors de la compétence duquel doit
rester l'administration légale.

Une opinion diamétralement opposée, c'est l'opinion de Zachariæ, en vertu de laquelle l'administration du père ne serait soumise à aucune restriction ; nous avons déjà dit plusieurs fois qu'un pouvoir si large qu'on le comprenne est soumis à un contrôle.

Placé entre ces deux opinions extrêmes, nous appliquerons au cas particulier notre système général. L'aliénation d'un immeuble est un acte de disposition ; le père, pour l'opérer, devra obtenir l'autorisation du Tribunal,

donnée en chambre du conseil, sur requête, le ministère public entendu. Le Tribunal, prendra, s'il le juge convenable, l'avis des parents, mais c'est pour lui une mesure absolument facultative.

M. Aubry (Revue 1844, n° 673) a *imaginé* sur ce point un système que nous croyons inadmissible. Cet auteur veut l'intervention d'un conseil de famille : « L'interven-
« tion de ce conseil requise *par le père lui-même* ne con-
« stitue plus un contrôle semblable à celui que [le conseil
« de famille] est appelé à exercer *proprio motu* sur l'ad-
« ministration du tuteur. Il ne s'agit point ici d'une sur-
« veillance à laquelle le père soit nécessairement obligé
« de se soumettre..... Il s'agit d'une mesure *provoquée*
« *par le père lui-même et qui sert à lui faire obtenir des*
« *pouvoirs plus étendus que ceux qu'il tient de la puis-*
« *sance paternelle* et de sa qualité d'administrateur. »
Nulle part la loi n'a admis un conseil de famille à la merci du père, et qui n'a pas le droit d'intervenir avec un pouvoir propre : un tel conseil serait sans utilité. De plus il nous est difficile de comprendre qu'un père administrateur puisse, par la convocation qu'il fait suivant son bon plaisir d'un conseil de famille, augmenter ses pouvoirs ; au surplus, nous avons déjà démontré qu'il n'existe pas de conseil de famille en matière d'administration paternelle ; il est donc superflu d'en discuter les droits et les attributions.

Ce que nous avons dit de l'aliénation d'immeubles est également vrai de la constitution d'une *hypothèque* ou d'une *servitude*. Ces deux actes sont des actes de disposition : La servitude est une aliénation (disposition) partielle ; l'hypothèque est une marche vers

l'aliénation ; car on sait que l'hypothèque conduit à l'aliénation forcée. Le père devra donc, pour consentir une servitude, une hypothèque sur les biens du mineur, recourir à l'autorisation du tribunal. On nous dira peut-être que notre système est arbitraire ; certains auteurs ont, en effet, prétendu qu'en matière d'administration légale il fallait ou adopter toutes les règles de la tutelle, ou n'en accepter aucune. Dès lors, disent-ils, qu'on admet le contrôle du tribunal, il faut aussi admettre l'intervention du conseil de famille : Or, ceux qui raisonnent ainsi sont précisément ceux qui rejettent en matière d'administration paternelle l'hypothèque légale et le subrogé-tuteur : nous pourrions donc les réfuter par leurs propres arguments : mais nous n'avons pas à discuter ici contre des adversaires, et nous répondrons simplement que si nous reconnaissons, dans notre cas, la nécessité du contrôle du tribunal, ce n'est pas parce qu'il existe dans la tutelle, c'est parce que, nous l'avons déjà montré, c'est la seule autorité qu'on puisse trouver pour surveiller celle du père administrateur.

On a encore prétendu que le conseil de famille était obligatoire pour la vente des biens de mineurs même sous l'autorité paternelle, car l'article 953 du titre VI (Livre 2. C. Pr.) « De la vente des biens immeubles appartenant à des mineurs » est tout à fait général et ne distingue pas. Nous croyons, au contraire, que cet article distingue, et ce qui nous le fait croire, c'est que cet article 953 veut un avis de parents : c'en est assez pour nous faire dire que les articles 953 et suivants sont spéciaux aux mineurs *en tutelle* : Si, en effet, nous nous reportons au titre X du livre I^{er} du code de procédure, « Des avis des parents », nous verrons que partout

il est question du tuteur, et nulle part du père administrateur (Voyez art. 882, 883, 887.....). Nous avons d'ailleurs suffisamment démontré déjà que le conseil de famille est une institution étrangère à l'administration légale (Voyez les observations du Tribunat et de M. Berlier citées plus haut).

Transaction. — Art. 2045 : « Pour transiger il faut
« avoir la capacité de disposer des objets compris dans la
« transaction. Le tuteur ne peut transiger pour le mi-
« neur que conformément à l'article 457., »

Art. 457 : « Le tuteur ne pourra transiger au nom du
« mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de
« famille et de l'avis de trois jurisconsultes..... La tran-
« saction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été ho-
« mologuée par le Tribunal de première instance. »

La transaction est donc un acte de disposition, acte que le tuteur ne peut accomplir qu'avec les trois garanties de l'article 457 : on comprend ces garanties, la transaction est un acte grave et compromettant. C'est pourquoi le législateur a exigé pour l'accomplir le concours d'hommes spéciaux, de jurisconsultes : Aussi, dira-t-on, que le mineur soit en tutelle ou sous l'autorité paternelle cela ne change rien à la nature périlleuse de la transaction, et il y a les mêmes raisons d'exiger les mêmes garanties quand c'est le père et non le tuteur qui transige : C'est ce que prétendent MM. Aubry et Rau (tome IV, § 420 et tome I § 123 *note* 38) : « Le père administrateur
« ne peut pas, plus que le tuteur, disposer des biens
« meubles ou immeubles du mineur, ni par conséquent
« transiger : il n'y a même pas lieu de distinguer entre
« les transactions portant sur des immeubles et celles qui

« n'auraient pour objet que des meubles. » Cette opinion n'est pas la nôtre ; en effet, le code, spécialement en matière de tutelle exige pour transiger l'avis de trois jurisconsultes ; il ne l'exige pas en matière d'administration légale, cela suffit, à notre avis, pour décider la question : *Le père peut transiger pour son fils avec la seule autorisation de justice* (1) : elle est nécessaire, mais elle est suffisante. L'avis de jurisconsultes serait inutile ici pour éclairer la religion du Tribunal composé de jurisconsultes rompus à la pratique juridique et qui ont une grande expérience des affaires. Paul Pont (Petits contrats, 2, n° 560) partage notre opinion : Après avoir établi comme certain que le père trouve dans le droit d'administration dont il est investi le pouvoir de transiger au nom des mineurs, cet auteur ajoute : « mais, c'est au contraire
« une question fort controversée de savoir si le père ad-
« ministrateur est assimilé au tuteur, tellement qu'il
« doive pour procéder valablement en transigeant au
« nom des mineurs en sa puissance, obtenir les formalités de l'article 467.....

« Pour nous d'accord avec plusieurs auteurs, et notamment avec Marcadé, nous estimons que l'homologation
« du Tribunal suffit pour valider la transaction faite par
« le père. »

Cette opinion qui est aussi celle de M. Laurent (tome IV, n° 314, *in fine.*) et suivant nous, conforme au carac-

(1) Le Tribunal de Marseille, 12 décembre 1864. [S. 65. 2. 216], juge aussi que le père peut transiger sans observer aucune des formalités de l'article 467 ; alors surtout que la transaction a pour but la réparation d'un dommage causé à l'enfant. [Montpellier 30 mars 1859 [S. 59. 2. 508], dans le même sens.

tère privilégié que doit revêtir l'administration paternelle.

Représentation en justice. — Art. 464 : « Aucun tuteur « ne pourra introduire en justice une action relative aux « droits *immobiliers* du mineur, ni acquiescer à une « mande relative aux mêmes droits sans l'autorisation « du conseil de famille. » Le tuteur pourra donc agir seul quand il s'agira d'actions *mobilières*, soit pour les intenter, soit pour y défendre : Il est certain qu'à plus forte raison le père administrateur pourra le faire.

Quant aux actions *immobilières*, faut-il appliquer au père l'art. 464 ? Nous voyons dans le fait d'intenter une action immobilière un acte sortant de la pure administration, car on ne sait pas quelle sera l'issue du procès. « Celui « qui intente une action mal fondée peut être condamné « aux frais, et ces frais peuvent être énormes », et de plus, « on peut même assimiler les actes judiciaires à des « actes de dispositions car le demandeur qui succombe « *dispose* indirectement de la chose qui fait l'objet du « litige ». Pourrait-on dire ici que le tuteur qui intente une action immobilière a besoin de l'autorisation du conseil de famille ; que l'administration légale ne comportant pas cette garantie, le père administratif pourra intenter seul l'action. C'est l'opinion soutenue par ceux qui prétendent que l'administration légale et la tutelle suivant les mêmes règles avec la différence une fois admise que dans l'administration paternelle, il n'y a pas de conseil de famille. C'est le système de la jurisprudence ; ce n'est évidemment pas le nôtre, dans lequel il n'y a qu'une question à se poser : Y a-t-il acte d'administration ou de disposition : dans le premier cas le père agira seul, dans le deuxième il lui faut l'autorité de justice ; or nous

venons de montrer qu'être demandeur (ou défendeur) à une action immobilière, c'est faire acte de disposition ; concluons que pour intenter une action immobilière au nom du mineur (ou pour y défendre) le père administrateur légal devra préalablement obtenir l'autorisation du tribunal (1).

Donation. — Est-il nécessaire de dire que le père ne pourra faire une donation des biens de l'enfant : *Nemo dat quod non habet*.

Achat des biens du mineur par le père. — Cette question est délicate, aussi a-t-elle donné lieu à la controverse (2); nous croyons, pour notre part, qu'en principe il n'est pas défendu au père d'acheter les biens de son fils mineur ; car, s'il est des cas où une telle acquisition présente des dangers pour le fils, il en est d'autres où elle lui est avantageuse. Ainsi dans le cas où le père jouit d'une hypothèque sur les biens du fils ; ainsi le cas où ils sont co-propriétaires par indivis ; nous pensons qu'il y a là une question de fait laissée à l'appréciation du tribunal. Celui-ci pourra ou refuser au père l'acquisition dont il s'agit, ou la lui permettre, et, dans ce cas, il nommera un administrateur *ad hoc* spécial à l'opération ; le tribunal, d'ailleurs, aura le pouvoir de régler les conditions et formes de la vente. On nous objectera que le père est placé entre l'intérêt et le devoir. Est-ce une raison pour

(1) Voyez Bourges, 11 février 1863 [S., 63. 2. 121]. — Cassation, 3 Juin 1867 [S., 67. 1. 273]. — Pau, 15 juillet 1865 [S., 66. 2. 278].

(2) La jurisprudence est muette sur cette question.

qu'il sacrifie celui-ci à celui-là ? d'ailleurs le tribunal est là pour contrôler l'opération. On a dit aussi que le tuteur ne pouvait acheter les biens de son pupille, que quelque fois c'est le père qui est tuteur ; et qu'alors, suivant que le père serait *père* ou *tuteur*, il devrait obéir à des règles différentes ! Eh bien oui, c'est là notre opinion, suivant que le père est *administrateur* ou *tuteur* il sera soumis à des règles différentes. Le père, au nom de la puissance paternelle, jouit de pouvoirs privilégiés ; comme tuteur, il doit obéir aux règles spéciales de la tutelle. Peut-être la loi aurait-elle dû établir des règles spéciales pour le *père-tuteur*. Elle ne l'a pas fait, nous ne pouvons que le regretter ; mais cela ne change en rien notre manière de voir.

On a été jusqu'à dire que la loi défendait au père d'acheter les biens de son fils ; on a argué de l'article 1596 ainsi conçu : « Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous
« peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes
« interposées : les tuteurs des biens de ceux dont ils ont
« la tutelle ; — les mandataires des biens qu'ils sont *chargés*
« de vendre, etc... ».

Le père, a-t-on dit, est un mandataire chargé de vendre les biens de son fils. Peut-on admettre un seul instant cette manière de voir ; où est-il dit que le caractère de l'administration des biens d'autrui consiste dans le mandat d'en opérer la vente ? Nous ne croyons pas qu'on puisse raisonnablement tirer argument contre nous de l'article ci-dessus : si on peut en tirer une conclusion, elle est toute en notre faveur. L'article énumère limitativement les mandataires qui ne peuvent acheter les biens à eux confiés : il ne cite pas le père administrateur pendant le

mariage ; c'est donc qu'il échappe à la règle, c'est qu'il peut acheter les biens de son fils, et il le peut au nom de l'administration paternelle que le législateur a entendu entourer de privilèges tout particuliers.

Par les mêmes raisons le père pourrait également se rendre cessionnaire de créances contre son fils : n'est-il pas dans l'intérêt de celui-ci d'avoir son père pour créancier au lieu d'un étranger ? (1).

Acceptation ou répudiation d'une succession. — Les formes à observer par le tuteur pour accepter ou répudier une succession échue au mineur sont réglées par l'article 411 du code civil : « Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur sans une autorisation préalable du conseil de famille. — L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire ».

Un premier point, c'est que le tuteur ne peut accepter que *bénéficiairement*. En est-il de même du père administrateur ? L'article 803 nous montre les avantages que le législateur a attachés à ce mode d'acceptation : il permet à l'héritier : « 1° De n'être tenu du paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis, même de pouvoir se décharger du paiement des dettes en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et légataires ; 2° de ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession et de conserver contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances. » En un mot, tout se passe comme si le *de cujus* n'était pas mort, il est représenté

(1) La validité de cette cession est consacrée par un arrêt de la cour de Bordeaux (3 janvier 1849. — Sirey, 52. 2. 304).

par sa succession, indépendamment de toute idée d'héritier. Il semble ressortir de tout cela que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est réellement le meilleur parti à prendre par l'héritier : ce n'est pas absolument vrai. Ainsi, quand le *de cujus* a plus de dettes que de biens, il est certain que la répudiation pure et simple est le meilleur parti à prendre : en effet, dans ce cas, l'héritier qui accepterait bénéficiairement s'exposerait à un double désavantage. Comme administrateur des biens de la succession, il est responsable des fautes qu'il commet dans sa gestion ; de plus, il peut involontairement sortir des actes de pure administration et se constituer ainsi, malgré lui, héritier pur et simple. Si même l'actif de la succession est supérieur au passif, il n'est pas dans tous les cas avantageux pour l'héritier d'accepter sous bénéfice d'inventaire : tout héritier bénéficiaire est tenu au rapport ; il ne peut retenir les dons ou réclamer les legs à lui faits (art. 843), tandis que l'héritier qui renonce peut les conserver ou les réclamer dans la limite du disponible (art. 845) ; il est donc des cas où la renonciation est le plus avantageux des partis à prendre.

D'autre part, si le crédit dont jouissait le *de cujus* est incontestable ; s'il est évident qu'il jouissait d'une grande fortune, s'il n'a que peu ou point de dettes, il vaut mieux pour l'héritier accepter purement et simplement : cela dispense de l'inventaire, de la déclaration au greffe, de la liquidation difficile, auxquels est astreint l'héritier bénéficiaire (art. 793 et 794).

Le législateur n'a donc pas été exact quand il a présenté l'acceptation bénéficiaire comme offrant le plus de garanties : Aussi, nous ne voyons aucune raison de la

rendre obligatoire pour le père administrateur, d'autant plus que la loi est muette à cet égard. Suivant nous, le père pourra accepter la succession purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, ou la répudier, pour le mieux des intérêts de l'enfant. Bien que l'acceptation d'une succession ne soit pas un acte de disposition proprement dit (*dis-ponere*) ; nous pensons que c'est un acte qui sert de limite de la pure administration, aussi soumettrons-nous l'acceptation faite par le père à l'autorisation préalable du tribunal.

Le répudiation est un acte de disposition, qui exigera de la part du père les mêmes formalités. Nous ne voulons pas revenir encore sur la question de savoir si l'administration légale est soumise au contrôle d'un conseil de famille : nous ne l'avons jamais admis : nous n'en parlerons plus quant à présent, et dans les pages qui vont suivre, nous supposons cette question résolue définitivement.

Acceptation d'une donation. — La donation, on le sait, est un contrat : il faut donc pour qu'elle existe le concours des volontés du donateur ou donataire : Quand ce dernier est mineur, qu'arrive-t-il ? La loi a vu avec faveur les donations, aussi l'ordonnance de février 1731 (art. 7), et après elle le code (art. 935), disent que la donation faite à un mineur sera acceptée par son tuteur ou son curateur, mais l'article 935 ajoute : « Néanmoins, « les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, « ou les autres ascendants, quoiqu'ils ne soient ni « tuteurs, ni curateurs, pourront accepter pour lui ». Le texte est formel et ne saurait prêter à la discussion :

Le père peut accepter seul et sans formalités la donation faite à son fils.

Pourrait-il également la refuser ? Dans la répudiation d'une donation, quelque soient les motifs qui ont poussé le père à refuser, nous voyons un acte de disposition qui prive le fils d'un bien, pour ainsi dire, acquis ; et l'intervention du tribunal deviendrait nécessaire.

Acceptation et répudiation d'un legs. — Le legs n'est pas comme la donation un contrat qui n'est parfait que par le consentement des parties. C'est un acte unilatéral, en vertu duquel le légataire devient propriétaire des biens légués au jour du décès, qu'il le soit de plein droit, ou qu'il soit obligé de demander la délivrance : cette demande n'est que la mise en exercice d'un droit acquis : L'acceptation par le père d'un legs en faveur du fils n'est donc jamais un acte de disposition ; cette acceptation ne sort pas des limites de l'administration légale ; le père pourra la faire et sans formalités.

Pourra-t-il également répudier *seul*, le legs fait au mineur ? Continuant le raisonnement précédent, nous dirons que le fils ayant un droit acquis au jour du décès, la répudiation par le père est un acte de dépossession, autrement dit de disposition ; le père devrait donc obtenir, pour répudier le legs, l'autorisation du tribunal (1).

Nous venons de voir l'administration du père dans son exercice : voyons maintenant comment il peut être entravé.

(1) Il a été jugé par un arrêt de la cour de Paris, à la date du 4 juin 1865 [S., 65. 2. 216], que le père n'a pas besoin de l'autorisation du conseil de famille pour demander l'envoi en possession d'un legs universel fait au profit de ses enfants mineurs.

CHAPITRE IV.

CAUSES QUI METTENT FIN A L'ADMINISTRATION DU PÈRE.

L'administration légale cesse normalement à la majorité de l'enfant ; alors le père devra rendre des comptes. Il semblerait que cette question de reddition de comptes soit la seule dans notre matière qui ne puisse prêter à la controverse, puisque c'est la seule qui soit réglée par un texte exprès : « Art. 389 *in fine*. [Le père] est comptable quant à la propriété et aux revenus des biens dont il n'a pas la jouissance ; et, quant à la propriété seulement de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit. » Nous devons dire cependant que le point a été comme les autres interprété de diverses manières ; du moins en ce qui concerne les formes dans lesquelles le compte doit être rendu. Nous reviendrons dans peu d'instants sur cette question.

— L'administration prend fin aussi à la mort de l'enfant.

— La mort de l'un des parents y met encore un terme : le mariage étant alors dissous, il y a lieu de nommer un tuteur à l'enfant ; si c'est la mère qui est décédée et que le père soit nommé tuteur, il continuera d'administrer, non plus d'après les règles de l'art. 389, mais d'après celles de l'art. 390.

— Le triomphe du père dans l'action en désaveu peut encore être une cause de cessation de l'administration.

— Enfin l'administration du père prend fin par l'émancipation du fils : émancipation qui peut arriver par le mariage ou par acte du père.

Si c'est le mariage qui a produit l'émancipation, le droit d'administrer les biens du fils est définitivement éteint pour le père. Il n'en est pas de même au cas où le père a volontairement émancipé l'enfant ; l'article 485 nous dit :
« Tout mineur émancipé dont les engagements auraient
« été réduits en vertu de l'article (484) pourra être privé
« du bénéfice de l'émancipation, laquelle lui sera retirée
« en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu
« lieu pour la lui conférer ».

Art. 486 : « Dès le jour où l'émancipation aura été ré-
« voquée, le mineur rentrera *en tutelle*... » — *Rentrera en
tutelle* — ; il est évident que cet article ne vise que le
cas où l'émancipé était auparavant en tutelle ; cela
résulte du mot « rentrera ». Si les engagements du mi-
neur sont réduits du vivant des père et mère, et s'il est
privé pour ces raisons du bénéfice de l'émancipation, il
— rentrera — non en tutelle, mais sous l'autorité pater-
nelle ; car chez nous, contrairement à ce qui a lieu dans
certains pays, et notamment dans plusieurs cantons
suisses, jamais l'autorité du père, *pendant le mariage*,
n'est remplacée par celle d'un tuteur. Le sens de l'article
486, qui n'est qu'incomplet, est celui-ci : Au cas où l'é-
mancipation lui est retirée, le mineur retombe *dans l'état
où il se trouvait avant* qu'elle lui ait été conférée.

Pour ne pas nous étendre sur cette matière, nous rap-
pellerons brièvement que l'enfant ne peut être émancipé
qu'à quinze ans révolus ; qu'il l'est par le père, et *à son
défaut* par la mère ; que l'émancipation de l'enfant résulte
de la seule déclaration du père faite au juge de paix as-
sisté de son greffier (art. 477).

Les mots — *à son défaut* — ne visent-ils que le cas de
tutelle, le cas où le père est mort ; ou bien se rapportent-

ils également à notre sujet ; s'appliquent-ils à l'émancipation conférée *durant le mariage* ? Notre avis, dans cette matière controversée, est que la mère peut émanciper l'enfant dans tous les cas où le père fait légalement défaut.

Etablissons bien la question. Art. 477 : « Le mineur pourra être émancipé par son père, ou à défaut de père, par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus ».

Art. 478 : « Le mineur resté sans père ni mère, ne pourra être émancipé qu'à l'âge de quinze ans révolus.

Dans une première opinion, professée par Toullier et Proudhon, on prétend que les mots — *à défaut de père* — ne veulent dire qu'une seule chose : — quand le père est mort — ; car, tant que celui-ci vit, il a l'autorité paternelle [exercée il est vrai quelquefois par la mère d'une façon intérimaire] la mère n'a pas le droit de porter atteinte à cette autorité qui n'est que temporairement éteinte et qui peut revivre. Toullier après avoir reconnu deux sortes d'émancipation, l'une proprement dite, l'autre relative aux faits de commerce (art. 2. C. Comm.) ajoute : « L'une et l'autre ne peuvent « être accordées que par le père seul pendant sa vie, par la mère, par le conseil de famille ». (Art. 477 et 478 C. C., et art. 2. C. Comm.).

Marcadé a, sur cette question, une opinion qui nous paraît arbitraire. D'après lui (Tome II. 2^e édit, page 268) quand le père est déchu de la puissance paternelle, la mère pourra déclarer l'émancipation, mais au cas seulement où le père est interdit ou présumé absent ; dans ce cas, la mère a la puissance paternelle et aussi l'*usufruit légal*, ce dernier pourra revenir au père si l'interdiction ou l'absence viennent à cesser. Or, dit-il, « nous ne

« voyons pas de quel droit la mère pourrait briser, par « l'émancipation, le droit d'usufruit légal auquel le « père peut être appelé ». Il en conclut que dans ce cas « la mère ne pourrait émanciper l'enfant qu'autant « qu'il aurait dix-huit ans, parce qu'alors l'usufruit légal « est éteint. » Nous ne pouvons admettre ce système en présence des deux articles 477 et 478 qui sont formels sur la question d'âge et règlent deux hypothèses bien distinctes entre lesquelles, nous le répétons, il serait arbitraire d'en placer une troisième.

Duranton (Tome 3, n° 655) ne se rapproche pas plus de la vraie doctrine : L'article 477 ne veut pas dire « que « si le père n'entend pas émanciper l'enfant, la mère « pourra le faire, mais il n'entend pas non plus qu'il faut « *que le père soit mort* pour que la mère puisse exercer « ce droit ». La mère pourra émanciper l'enfant, mais « ce doit être sans préjudice de la jouissance légale accordée au père » Ce qui veut dire si nous avons bien compris, que la mère pourra émanciper l'enfant pourvu qu'il ait quinze ans révolus ; mais si elle le fait avant la dix-huitième année de l'enfant, l'usufruit est réservé au père. Cette opinion est très discutable, et il nous semble qu'une bonne logique voudrait que le père gardât également l'usufruit quand c'est lui-même qui a émancipé son fils avant l'âge de dix-huit ans. La loi ne reconnaît qu'une sorte d'émancipation volontaire ; elle a toujours les mêmes effets quelque soit celui qui la confère (Voy. art. 384).

Suivant nous, la véritable doctrine est celle qui est enseignée par MM. Chardon, Valette et Demolombe.

Pour eux, l'expression — à défaut du père — est aussi générale que possible, elle comprend, dit Chardon, « toutes les conjonctures qui privent le père de l'existence de

« cette belle prérogative ; et comment en douter puisque
« la mère peut marier l'enfant (art. 149) et l'autoriser à
« faire le commerce (art. 2. C. Comm.) ».

Demolombe exprime en d'autres termes la même idée.
« L'article 477 autorise la mère à émanciper l'enfant à
« *défaut du père* ; or, ces expressions sont générales et
« comprennent tous les cas dans lesquels le père ne pour-
« rait pas lui-même exercer ce droit, ou plutôt même ce
« devoir ; donc on ne saurait sans arbitraire les restrein-
« dre au seul cas de mort. »

C'est bien là notre manière de voir, et la question de l'usufruit légal que le père perdrait au cas d'émancipation du fils par la mère n'est pas un argument sérieux. Le droit d'émancipation est un attribut de la puissance paternelle, c'est un droit ; l'usufruit n'est qu'une prérogative, un avantage matériel que la loi a bien voulu accorder au père et qui n'a absolument rien de *nécessaire*. Il faut sacrifier l'un à l'autre, l'hésitation est-elle possible ?

D'ailleurs, l'intérêt de l'enfant est en jeu : l'enfant peut avoir besoin d'être émancipé, pour son établissement, pour une option de nationalité, et l'absence ou l'interdiction du père ne sauraient faire que l'intérêt de l'enfant fut compromis.

Valette a un système qui résume tout ce qu'on peut dire en faveur de notre manière de voir ; nous ne pouvons mieux faire que de citer ses propres paroles (1) :
« Sans nous attacher à l'article 2 du code de commerce,
« la mère doit avoir le droit de faire, quand elle exerce
« la puissance paternelle, tous les actes nécessaires aux
« intérêts des mineurs, et parmi ces actes il faut com-

(1) Valette, *Explic.*, pages 305 et suiv.

« prendre l'émancipation, puisque les circonstances peu-
« vent exiger que le mineur soit placé à la tête de sa
« fortune, et parfois même qu'il embrasse une profession
« commerciale. Et si l'on se place dans cette dernière
« hypothèse, l'exercice du droit de la mère paraît d'au-
« tant plus admissible que l'époque de la majorité est
« plus proche et que l'usufruit légal du père a pris fin ;
« car on se le rappelle, le mineur commerçant doit avoir
« au moins dix-huit ans accomplis. — Il y a plus de diffi-
« culté sans doute si le mineur n'a pas encore dix-huit
« ans ; car l'émancipation peut alors nuire au père en lui
« faisant perdre la jouissance légale des biens de l'enfant.
« Mais, dans cette hypothèse même, il faut s'attacher à
« l'intérêt de l'enfant, qui ne doit être sacrifié à aucun
« autre. Pour cela il suffit d'interpréter largement notre
« article 477 ; en effet, ces mots de l'article : *à défaut*
« *de père*, peuvent être entendus comme signifiant : à
« défaut de père, c'est-à-dire lorsque le père manque,
« lorsqu'il fait défaut, et ne peut remplir activement les
« devoirs de l'autorité paternelle. Peut-être, d'ailleurs,
« le mineur n'a-t-il que des biens auxquels ne s'étend pas
« la jouissance légale, avec fort peu de chances d'en
« acquérir d'une autre nature. »

En résumé l'émancipation, qu'elle soit conférée par le père ou par la mère met fin à l'administration légale ; ce n'est cependant pas d'une façon définitive, car si l'émancipation est révoquée, l'administration légale revit comme les autres attributs de la puissance paternelle, et le père reprend l'exercice des droits que l'article 481 avait conférés à l'émancipé. La question ne nous semble pas douteuse ; la plupart des auteurs admettent que l'usufruit

légal revit ; entre autres MM. Demolombe, Massé et Vergé, Proudhon, Valette, c'est le cas de tirer un argument par a fortiori convainquant en faveur de l'administration légale.

NOTE sur un projet de loi relatif « à la protection des enfants abandonnés ».

Peut-être existera-t-il, dans peu de temps, de nouvelles circonstances dans lesquelles l'administration légale prendra fin. En effet, au moment où nous écrivons ces lignes, le Sénat discute un projet de loi qui, s'il est voté tel qu'il est conçu actuellement, créera de nouvelles causes de cessation ou plutôt de déchéance de l'autorité paternelle ; l'article 389 y est visé directement. Le projet de loi a pour objet « la protection des enfants abandonnés, délaissés ou maltraités. » Sans vouloir entrer, sur cette question, dans beaucoup de détails, nous parlerons immédiatement des articles 20 et 21, 22, 28 et 29 du projet tel qu'il est proposé actuellement, et qui figurent sous le titre III « DE LA PROTECTION DES MINEURS EN CAS D'INDIGNITÉ DES PARENTS. — DE LA DÉCHÉANCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE, ETC.... ». Les deux premiers articles 20 et 21 qui sont les articles 1 et 2 d'un premier projet présenté par le gouvernement sont ainsi conçus :

Art. 20 : [*Cas entraînant la déchéance de plein droit de la puissance paternelle*].

« Les père et mère sont déchus de plein droit à l'égard de tous leurs enfants, de la puissance paternelle et de tous les droits qui en découlent, notamment ceux énoncés aux articles 108, 141, 148, 161, 346, 361, 372 à 387, **389**, 390, 391, 397, 477 du code civil, et aux

« articles 3 du décret du 22 février 1851 et 46 de la loi
« du 27 juillet 1872 :

« S'ils sont condamnés par application de l'article 334
« (§ 2) du code pénal ».

« S'ils sont condamnés en récidive, soit comme auteurs,
« co-auteurs ou complices de crimes ou délits commis
« sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants, soit
« comme co-auteurs ou complices d'un crime commis par
« un ou plusieurs de leurs enfants.

« Cette déchéance est encourue, même en cas de réci-
« dive de délit à crime.

« Elle laisse subsister entre les père et mère déchus et
« l'enfant les obligations énoncées aux articles 205, 206
« et 207 du code civil ».

L'article 21. (*Cas pouvant entraîner la déchéance facultative ou la suspension temporaire des droits de la puissance paternelle*) est ainsi conçu :

Art. 21 : « L'exercice des mêmes droits, notamment
« des droits spécifiés au paragraphe 2 de l'article 18
« (du projet) peut être retiré ou simplement suspendu
« pour une durée de un à cinq ans :

« 1^o A l'égard des père et mère condamnés comme
« auteurs, co-auteurs ou complices d'un crime autre que
« ceux prévus par les articles 86 à 101 du code pénal
« (crimes commis contre la sûreté de l'Etat).

« 2^o A l'égard des père et mère condamnés pour la
« seconde fois pour vol, abus de confiance, escroquerie,
« adultère ou entretien de concubine au domicile con-
« jugal, excitation habituelle de mineurs à la débauche,
« outrage public à la pudeur, outrage aux bonnes
« mœurs, séquestration, suppression, exposition ou
« abandon d'enfant, mendicité, vagabondage.

“ 3° A l'égard des père et mère condamnés dans les
“ termes de l'article 2 (§ 2) de la loi du 23 janvier 1873
“ (Ivresse publique).

“ 4° A l'égard des père et mère qui auraient été con-
“ damnés une première fois pour les faits visés au § 2
“ ci-dessus, à la peine d'un an de prison et, en matière
“ d'excitation à la débauche, d'outrage public à la pu-
“ deur, de mendicité à la peine de trois mois d'emprison-
“ nement.

“ 5° A l'égard des père et mère condamnés par appli-
“ cation des articles 2 et 3 de la loi du 7 décembre 1874
“ (professions ambulantes) ; l'application de ce dernier
“ article pourra s'éteindre aux cas où les enfants seraient
“ âgés de plus de seize ans.

“ 6° En dehors de toute condamnation, à l'égard des
“ père et mère dont l'inconduite grave et prouvée serait
“ de nature à compromettre soit la santé, soit la sécurité,
“ soit la moralité de leurs enfants.

“ A l'égard des père et mère qui s'adonnent habituel-
“ lement à l'ivrognerie (1) ».

Lors de la discussion de ces deux articles au Sénat, on a fait contre eux de graves objections, et la plus sérieuse, suivant nous, était que ces articles portaient une atteinte considérable à la puissance paternelle. En effet, bien que le rapporteur ait montré que les déchéances prononcées dans ces deux articles existent dans la plupart des législations voisines, il nous semble que les prescriptions des

(1) Voir le long et intéressant rapport de M. Roussel, rapporteur de la loi [J. O., Avril 1883. Doc. parl. (Sénat), page 581]. Voyez aussi la discussion des articles 20 et 21 [J. O., 25 et 27 mai. Déb. parl. (Sénat), page 563].

deux textes ci-dessus ne respectent pas suffisamment cette institution que nous considérons comme étant d'ordre public, et, de plus, les dispositions qu'elle renferme sont-elles bien à leur place dans une loi d'intérêt social et de protection de l'enfance ? Ces deux articles ne devraient-ils pas plutôt être insérés dans le code pénal ? Cette loi, disait un sénateur (1) « est inacceptable comme « droit commun de la France, inacceptable dans le principe des déchéances qu'elle pose, inacceptable, en « effet, dans les résultats auxquels ces déchéances aboutissent ». Si une loi de morale protégeant l'enfance contre l'inconduite est nécessaire, et elle l'est au premier chef, ne pourrait-on pas la créer sans toucher au caractère inviolable, suivant nous, de l'autorité paternelle.

Nous nous rangeons d'ailleurs à l'avis de M. le professeur Duverger, pour reconnaître que c'est surtout l'article 20 qui renferme des dispositions excessives : « Il y a, « dit-il, une différence profonde entre *la déchéance de la « puissance paternelle qui est une peine proprement dite,* « *et la simple suspension qui est une mesure de précaution* ».

« Le titre consacré à la déchéance de la puissance paternelle, disait-il encore, constitue une loi de répression, une loi pénale ; il n'appartient pas à la loi d'humanité que va discuter le Parlement ».

Il nous semble qu'une généralisation bien entendue de l'article 335 du code pénal, à des cas qu'il n'a pas prévus, serait meilleure, et violerait moins le caractère de la

(1) M. Léon Clément.

puissance paternelle : « Le projet, disait-on, est un projet *draconien*, il abandonne la puissance paternelle à l'arbitraire des tribunaux ». Et il est, en effet, une chose à craindre, si le projet est voté tel qu'il est conçu, c'est que l'exception ne devienne la règle : la possibilité de la déchéance de la puissance paternelle, en fait, deviendrait le droit commun ; les cas où la déchéance ne serait pas prononcée deviendraient l'exception.

L'action en déchéance, d'après l'article 22 du projet, pourrait être intentée « par la mère légitime ou naturelle, s'il s'agit du père.

« Par les ascendants, s'il s'agit du père ou de la mère légitimes ».

« Dans tous les cas par le ministère public ». Il est un fait, c'est que les membres du parquet n'agiront pas souvent dans ces cas, ils hésiteront toujours, on l'a fait remarquer, à agir relativement à des faits qui ne font pas pour eux l'objet d'une instruction spéciale ; ils agiront sans doute sur la plainte de l'époux, des ascendants ; mais ceux-ci ne reculeront-ils pas très souvent devant la plainte ? N'hésiteront-ils pas à accuser leurs propres parents ? Il est à craindre que l'expérience ne le prouve ; et dans ce cas la loi nouvelle atteindrait-elle son but !

L'article 23 édicte les règles de procédure de l'action en déchéance de la puissance paternelle ; cette action serait introduite sur une simple demande, devant la chambre du conseil : c'est la procédure à suivre quand il s'agit de mineurs.

L'article 28 *permet* aux tribunaux qui pronencent la déchéance du père de confier ses pouvoirs à la mère ; sinon, et, par exemple, si la mère est elle-même déchue,

il y aurait ouverture à la tutelle (art 28 et 29). Ce dernier article, qui ouvre la tutelle durant le mariage, est en opposition avec les termes des articles 389 et 390, en vertu desquels il n'y a jamais tutelle que lorsqu'un des époux est décédé.

Nous ne voulons pas faire une étude trop approfondie de ce qui n'est encore qu'un projet de loi, nous terminerons en disant que le projet tend à violer la puissance paternelle, et permet, de la part de l'Etat, un pouvoir d'immixtion qui nous semble regrettable, car enfin, la règle n'est pas que tout père de famille ou toute mère de famille se trouve dans le cas d'être déchu de la puissance paternelle ; de plus, la peine, eu égard à la faute, serait dans certains cas d'une sévérité exagérée ; enfin, nous avons remarqué que, parmi les déchéances prononcées, se trouve celle de l'administration légale : une loi de protection édictée en faveur des mineurs doit-elle entrer dans des considérations pécuniaires ? nous ne le pensons pas, et nous terminerons en répétant ce que disait M. Laurent dans son ouvrage de code civil : « On peut être malhonnête homme et fort bon administrateur ». La loi nouvelle, nous le disons encore une fois, était nécessaire, mais ce qui est non moins nécessaire, c'est de respecter la puissance paternelle dans ses caractères inviolables. Telle se pose la question ; il ne nous appartient pas, ici, de la résoudre (1).

Compte de gestion. — Nous venons de voir quand l'administration légale prend fin ; examinons quelles sont à ce moment les obligations du père.

(1) Est-ce bien dans le droit positif, dans des dispositions législatives, qu'il faut chercher un frein contre le mal auquel veut remédier le projet du Parlement ?

L'article 1993 pose le principe général que : « Tout « mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion ». L'article 469 fait l'application de ce principe à la tutelle, l'article 389-2° à l'administration légale. Nous pouvons déjà voir maintenant, et nous montrerons tout-à-l'heure, que dans ces deux administrations la reddition des comptes est soumise à des règles différentes ; nous allons examiner la question relativement aux articles 472, 474 et 475. Nous remarquerons que la plupart de nos adversaires qui se séparent entre eux sur les autres questions que nous avons étudiées, embrassent la même opinion sur la question du compte d'administration. Les partisans du système, ou plutôt, des nombreux systèmes qui veulent assimiler dans des mesures plus ou moins grandes l'administration du père à celle du tuteur, abandonnent leur doctrine et se rallient à la thèse générale que nous avons proposée, pour admettre dans la question dont nous parlons que les deux institutions obéissent à des règles différentes.

L'article 471 (de la tutelle) nous apprend que le compte définitif sera rendu aux dépens du mineur ; on y allouera au tuteur toutes dépenses suffisamment justifiées et dont l'objet sera utile. On s'accorde à laisser aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation pour juger si les dépenses ont réellement été utiles. Il y a toutes raisons de laisser au même tribunal les mêmes pouvoirs d'appréciation relativement à la gestion paternelle pendant le mariage et aux dépenses à allouer au père.

L'article 474 règle un autre ordre d'idées. La somme à laquelle s'élèvera le reliquat du par le tuteur portera intérêt sans demande à dater de la clôture du compte ; nous n'appliquerons pas au père administrateur cette dis-

position exceptionnelle et de droit étroit. En effet, en règle générale, les intérêts ne courent pas de plein droit, à moins d'une disposition expresse ; il n'y en a pas pour le père : il rentre donc sous l'empire du droit commun. Les intérêts dus par le père au mineur ne courent, s'il y a lieu, que du jour de la demande en justice : ils seront au taux légal (5 %). Art. 1153 : « Les intérêts ne sont dus « que du jour de la demande excepté dans le cas où la loi « les fait courir de plein droit ». Art. 2 de la loi du 3 septembre 1807 : « L'intérêt légal sera en matière civile de « cinq pour cent, et en matière commerciale de six pour « cent sans retenue ».

Nous n'appliquerons pas non plus au père l'article 475 : « Toute action du mineur contre son tuteur relativement « aux faits de la tutelle se prescrit par *dix ans* à compter « de la majorité ». La tutelle étant une charge lourde imposée gratuitement à un étranger, et qui grève ses biens d'une hypothèque générale, il était juste de ne pas faire peser sur lui la prescription de droit commun de trente ans (art. 2262). Les mêmes raisons n'existent pas pour le père administrateur ; pour lui, l'administration est un devoir de famille, une charge obligatoire, inhérente à sa qualité de père, et de plus, « le père se trouvant dans une « position analogue à celle des autres administrateurs et « mandataires, il n'y avait pas de motif pour restreindre « à son égard la durée de cette action ». Aubry et R. § 123, note 51.

M. Demolombe (1) ajoute à ces raisons des considérations de morale qui ont certainement leur importance. « Ajoutons, dit-il, qu'il est toujours très difficile pour

(1) Demolombe, tome VI, page 356.

« un enfant et quelquefois même impossible de demander
« des comptes à son père, et qu'il y aurait quelque chose
« de très dur dans une disposition qui mettrait l'enfant
« dans cette alternative où d'offenser son père et de s'at-
« tirer son ressentiment, ou de se voir déchu de ses
« droits. Je sais que l'article 475 est général, qu'il s'ap-
« plique à tous les tuteurs, au père donc et à la mère,
« comme aux tuteurs étrangers ; c'est bien assez. Mais
« lorsque le texte ne nous y force pas, lorsque le père
« n'est pas tuteur, je crois que nous ne devons pas étendre
« une telle disposition. Nous le devons d'autant moins
« que, pendant le mariage, l'enfant serait exposé à bles-
« ser, à irriter tout à la fois son père et sa mère, s'ils lui
« refusaient tous deux la reddition de compte qu'il
« demande (1) ».

Enfin, l'article 472 doit rester étranger à l'administra-
tion du père. Cet article, contraire au principe de droit
que la mauvaise foi n'est jamais présumée, et renfer-
mant par conséquent un principe exorbitant du droit
commun, s'accorderait mal avec les vues du législateur
sur la puissance paternelle et ne saurait, d'ailleurs, être
appliqué ici que si ses dispositions l'autorisaient formel-
lement. Il est ainsi conçu : « Tout traité qui pourra
« intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur,
« sera nul s'il n'a été précédé d'un compte détaillé et de
« la remise des pièces justificatives, le tout constaté par
« un récépissé de l'oyant-compte, dix jours au moins
« avant le traité. » Cet article qui, suivant nous, ne vise
que *les traités relatifs à la gestion*, et qui a voulu seule-

(1) Voyez aussi Valette (sur *Pr.*), tome 2, page 282, note *a.* —
Demante, tome 2, n° 137 *bis* (3°). — Laurent, tome 4, n° 319.

ment empêcher que le mineur put décharger dans des mesures plus ou moins larges son tuteur de rendre compte, doit rester tout spécial à la tutelle. « Cette
« extension, disent MM. Aubry et Rau, serait d'ailleurs
« repoussée par les motifs de faveur sur lesquels est
« fondé l'art. 389 ».

L'article 472, dit M. Demolombe, « établit en ce qui concerne le tuteur une disposition très sage, mais qui n'en
« est pas moins exorbitante, puisqu'elle prononce la nullité d'un contrat qui serait valable, entre tous autres,
« d'après le droit commun. »

« Or, les dispositions de ce genre ne sauraient être
« étendues à d'autres hypothèses que celles que le législateur a comprise dans son texte, *lors même qu'il y aurait analogie de motifs* : »

D'ailleurs les enfants auront rarement des biens personnels, pendant l'administration légale, ou s'ils en ont, ils seront de peu d'importance, et les mêmes motifs qui ont poussé le législateur à édicter le principe renfermé dans l'article 472, ne se retrouvent pas dans notre matière (1). Nous n'avons parlé jusqu'à présent que de l'administration légale telle qu'elle existe dans notre Code civil ; il ne nous paraît pas inutile d'indiquer, sans nous y appesantir, les principes qui régissent la matière dans les législations voisines. Ce sera l'objet de notre dernier chapitre.

(1) Voyez en ce sens : Agen, 17 mars 1854 [S., 54. 2. 247]. — Aix, 9 novembre 1864 [S., 65. 2. 184]. — Cassation 30 janvier 1866 [S., 66. 1. 204]. — Palais. Rep. Tutelle. n° 783. — Demante, tome 2, n° 137 bis (3°) — et Laurent, tome IV, n° 318.

CHAPITRE V.

LÉGISLATION ÉTRANGÈRE RELATIVE A L'ADMINISTRATION DES BIENS DES MINEURS DURANT LE MARIAGE.

L'étude de la philosophie nous apprend que si l'homme vivant en société a des droits, il a aussi des devoirs ; elle nous enseigne encore qu'il y a entre ces deux idées une relation si intime qu'on ne saurait les séparer l'une de l'autre, et que parlant du droit et du devoir, on pourrait dire qu'il sont chacun la cause et l'effet de l'autre ; ou, pour mieux dire, ils ne sont qu'une seule et même idée ; c'est ce que les philosophes ont exprimé par cette formule hardie : « L'homme a des devoirs, donc il a des droits ». Mais l'homme qui sait si bien ceux-ci, méconnaît souvent ceux-là ; nous oserions presque dire que les rédacteurs du code, quand ils ont réglementé les caractères de la puissance paternelle, au point de vue particulier des biens, ont partagé l'erreur commune. Ils ont, en effet, parfaitement défini et sanctionné les droits du père de famille et ils ont oublié de lui édicter ses devoirs ; est-ce qu'ils ont jugé inutile de faire, leur trouvant une sanction suffisante dans le droit naturel (1). S'il en est ainsi, nous n'hésiterons pas à dire qu'ils ont commis une erreur ; ce qu'on appelle le droit positif, c'est-à-dire les conventions établies pour et par la société, doit être exact et ne rien

(1) Bigot-Préameneu faisait, en effet, remarquer que la puissance paternelle est une institution privilégiée qui repose sur la présomption que le père *n'usera jamais de ses droits* que dans un intérêt d'affection et pour le bien de l'enfant (Loché, tome VIII, p. 132). Il ne dit rien du cas où le père s'abstiendrait de ses devoirs.

laisser à l'interprétation de la conscience de chacun ; celle-ci est comme « l'équité des parlements » éminemment variable ». Aussi, tout en maintenant la supériorité de la législation française, qui, de l'avis même des nations étrangères, est le monument législatif le plus solidement établi ; à laquelle, d'ailleurs, plusieurs pays ont emprunté des dispositions ; nous sommes forcés d'avouer que, au point de vue spécial qui nous occupe, notre code civil est incomplet, que dans la plupart des états Européens les devoirs de la puissance paternelle ont été réglés plus strictement, et que la législation sur ce point y est, comme nous allons le voir, plus complète que chez nous, sauf peut-être, en Belgique, car ce pays nous a emprunté nos règles (1).

ITALIE.

C'est dans le titre VIII du code civil italien, promulgué à Florence le 25 juin 1865, et rendu obligatoire depuis le 1^{er} janvier 1866, que nous trouvons les règles de l'administration des biens de mineurs sous l'autorité paternelle. Ce code, qui, suivant l'expression de M. Huc, est « le code civil français adapté aux besoins de l'Italie » a comblé la lacune qu'il a trouvé dans notre droit.

En Italie, sauf pour les enfants naturels, il n'y a pas de tutelle *des père et mère* (art. 184). A la mort de l'un d'eux, *l'administration légale* appartient ou continue d'appartenir au survivant des époux jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant.

(1) La jurisprudence belge, considère comme nous, l'administration paternelle comme étant d'ordre public. Voyez à cet égard *Pasicrasie*, trois arrêts déjà cités.

Le code a pris soin de trancher une controverse qui se présente chez nous sur le point de savoir si l'administration légale emprunte des règles à la tutelle. Il en fait une institution distincte et privée des garanties exigées en matière de tutelle ; il n'existe ni conseil de famille, ni subrogé-tuteur, ni hypothèque légale sur les biens du père.

Le père a seul, durant le mariage, l'exercice de l'autorité paternelle et de l'administration légale ; s'il est destitué de la puissance paternelle, absent, interdit, etc., l'autorité paternelle et l'administration des biens passent à la mère. Si tous deux sont dans l'impossibilité d'exercer l'administration, s'ils sont tous deux absents, interdits, destitués, etc., il y a ouverture à la tutelle (art. 241). L'aïeul paternel, et, à son défaut, l'aïeule sont de plein droit tuteurs (art. 244) ; c'est donc une *tutelle légale*.

Cette ouverture de la tutelle, en cas d'empêchement du père ou de la mère, figure dans un projet de loi sur notre sujet, que nous reproduisons plus loin (Projet Bisseuil, art. 3). Nous ne voulons, quant à présent et en l'absence d'un texte qu'un administrateur *ad hoc* ; l'administration tutélaire serait cependant peut-être préférable ici, en ce sens qu'elle présente plus de garanties.

Nous avons remarqué que l'administration légale survit à la dissolution du mariage ; l'article 235 prend soin de s'en expliquer : « Le père, par testament ou acte authentique, peut imposer à la mère survivante des conditions « pour l'éducation des enfants et *l'administration de leurs* « *biens.* »

En cas d'opposition d'intérêts entre le père et l'enfant, on appliquera l'article 224 (§§ 3 et 4). En cas d'opposition

entre les enfants soumis à la même autorité paternelle, ou entre les enfants et le père lui-même, dit cet article, il sera nommé un *curateur* spécial par la juridiction devant laquelle l'instance est pendante, sinon, par le tribunal civil.

Il y a encore lieu de nommer un curateur aux biens de l'enfant dans le cas de l'article 233. « Si le père ou la mère abusent de l'autorité paternelle par la violation ou la négligence de leurs devoirs ou par une mauvaise administration des biens de l'enfant, le tribunal, sur la demande des plus proches parents ou du ministère public peut nommer un tuteur au mineur ou un *curateur* à ses biens, et priver le père et la mère de leur usufruit en tout ou en partie ; ou enfin prescrire toute mesure qu'il jugera convenable dans l'intérêt de l'enfant ». (Huc et Orsier. C. Ital.). Le code italien, d'accord avec le nôtre, reconnaît le tribunal civil comme pouvoir normal de contrôle sur l'administration du père ; cependant, nous allons voir que le juge de paix a aussi, dans cette matière, une compétence importante.

Quant à l'administration en elle-même et aux actes qu'elle comprend, la loi italienne distingue trois sortes d'actes. Ceux que le père (ou la mère après le mariage) peut faire seul ; ceux qu'il ne peut faire qu'avec l'autorisation du juge de paix (le prêteur), ceux pour lesquels il lui faut l'autorisation du tribunal civil.

1^o Actes que l'administrateur peut faire seul : — Ce sont les actes de pure administration et de plus (art. 224 et 226) l'acceptation pour le fils d'une succession sous bénéfice d'inventaire.

Si le père ne peut ou ne veut accepter, le Tribunal civil nomme alors un *curateur ad hoc*, après avoir enten-

du le père ; le curateur est nommé à la requête de l'enfant ; des parents, ou du ministère public (procureur du roi).

2° Actes pour lesquels l'autorisation du prêteur est nécessaire, mais suffisante. — Ce sont les recouvrements de capitaux et les ventes de meubles ; quant à ces dernières, le prêteur a le droit de contrôler leur utilité (art. 225).

3° Actes pour lesquels l'autorisation du Tribunal est nécessaire (art. 224). — Le Tribunal doit accorder son autorisation, et seulement en cas de nécessité et d'avantage pour le mineur, quand il s'agit d'aliénations, d'hypothèques, d'engagements de biens, d'emprunts, d'acceptation d'une succession et de tous autres actes sortant de l'administration proprement dite.

L'administration légale prend fin par les mêmes causes que chez nous, sauf deux exceptions ; nous en avons déjà indiqué une, la dissolution du mariage ne met pas fin à l'administration légale. Voici la deuxième : On sait que chez nous, la mère tutrice qui se remarie sans convoquer le conseil de famille perd de plein droit la tutelle (art. 395) ; en Italie, elle perd de plein droit l'administration légale (art. 237 C. I.) et dans ce cas, il y a lieu à la tutelle légale de l'aïeul paternel, à son défaut de l'aïeule ; sinon à la nomination d'un tuteur datif.

Tels sont les principes qui régissent en Italie, l'administration paternelle ; ils sont, on le voit, mieux déterminés que chez nous ; mais la tâche était facile car « on a mis à profit tout ce que la jurisprudence française des soixante dernières années pouvait suggérer de raisonnable et d'utile pour combler les lacunes du code Napoléon. » La tâche n'est pas moins facile pour nous ; nous

verrions avec satisfaction une réforme dont le besoin se fait réellement sentir.

HONGRIE.

Nous nous contenterons ici de citer* les articles qui régissent la matière (1).

LOI XX SUR LA TUTELLE ET LA CURATELLE (LOI DU 4 JUILLET 1877).

Section II.

De la puissance paternelle.

Art. 15 : «....En vertu de la puissance paternelle, le père a, en principe, le droit *d'administrer la fortune de ses enfants* sans rendre de comptes. » (conf. art. 389, C. C. fr. 2^e alinéa).

Art. 16. — « Le revenu de la fortune du mineur doit être employée à payer les charges annuelles de cette fortune et l'entretien du mineur, le surplus appartient au père.... Si le père et *l'autorité titulaire* ne s'entendent pas sur la quotité de dettes à éteindre annuellement, le père doit rendre un compte annuel de son administration et employer à l'amortissement les deux tiers de l'excédant.

Art. 17. — « Le père qui a l'administration de *l'argent comptant* doit donner des garanties. Quant aux *valeurs en papier*, il peut, soit donner des sûretés, soit les confier à l'autorité tutélaire.

Art. 22. — « La puissance paternelle peut s'éteindre quand..... et quand le père par sa *mauvaise administration* compromet le capital (*substanx*).

(1) Voyez *Annuaire de lég. étr.* (Année 1878).

Art. 23. — « Quand une procédure de « *concours* » est ouverte (c'est-à-dire, croyons-nous, quand il y a opposition d'intérêts entre le mineur et son père), l'autorité tutélaire peut exiger que [le père] rende des comptes, ou, suivant les cas, lui retirer l'administration pendant la durée du concours.

Art. 24. — « Le père mis en curatelle pour prodigalité ou condamné pour déconfiture simulée ou blâmable (*falsche oder strafbare crida*) ne peut reprendre l'*administration des biens* que si l'autorité tutélaire le trouve opportun. »

Nous trouvons ici un mot nouveau : « *autorité tutélaire* ». Comme nous allons bientôt le voir, cette autorité se retrouve dans plusieurs autres pays ; c'est une sorte de magistrature spécialement chargée du soin de surveiller à la fois l'autorité des pères et des tuteurs. En Hongrie, c'est le conseil des orphelins de la commune (*Waisenstuhl*) sous la surveillance du *Stuhlrichter* (art. 176).

Avant cette législation on agissait autrement. Jusqu'en 1863 il y avait dans les familles des sortes de fiefs ou d'apanages (*Osi vayson*). Ces biens n'étaient pas *personnels* ; aussi quand le père les compromettait par sa mauvaise administration, ils étaient mis en séquestre.

ALLEMAGNE.

En Allemagne, le siège de la matière est une loi du 5 juillet 1875, dont voici le sens général : En principe, le père a une administration sans contrôle qui est cependant soumise, dans des cas spéciaux, à des garanties ; le père qui gère de mauvaise foi ou imprudemment peut être tenu de fournir des sûretés pour son adminis-

tration. S'il veut aliéner ou hypothéquer les biens de l'enfant, s'il a avec lui des intérêts opposés, il doit ou faire nommer un tuteur spécial, ou obtenir l'autorisation des autorités pupillaires.

Mais ceci n'est pas général, il faut distinguer suivant les régions ; il existe en Allemagne quatre législations différentes : 1° L'ancien droit coutumier ; 2° Les usages locaux ; 3° Un droit spécial codifié (il existe en Prusse) ; 4° enfin, certaines régions de l'ouest ont encore la législation française.

Pour ne parler que du code de Prusse, nous y trouvons l'autorité pupillaire chargée de surveiller les mineurs en tutelle ou sous l'autorité paternelle avec le droit de contrôle. Enfin en Allemagne les causes d'exclusion de l'autorité paternelle sont plus nombreuses que chez nous et surtout plus radicales. En effet l'autorité paternelle peut finir pour être remplacée par la tutelle si le père expose l'enfant ; s'il conclut une union incestueuse, s'il excite sa fille à la débauche. Enfin, le père qui abuse de l'autorité paternelle peut être contraint, contrairement à ce qui a lieu chez nous, d'*émanciper* son fils mineur.

Le code AUTRICHIEN suit à peu près les mêmes règles : L'article 178 dit que la justice peut intervenir sur la plainte de toute personne pour prendre les meilleures mesures, suivant les circonstances, c'est-à-dire même pour enlever la puissance paternelle au père s'il en abuse de façon à *affecter l'enfant dans ses droits*.

RUSSIE.

La Russie a emprunté beaucoup de règles à notre code civil ; cependant en ce qui concerne l'autorité paternelle on ne peut établir d'analogie entre les deux législations.

et cela se conçoit aisément, car les lois découlent des mœurs. Les cas où le père est privé de l'administration de la personne et des biens de ses enfants sont nombreux ; elle passe alors à la mère et à son défaut à un tuteur datif nommé par le conseil de famille. Nous citerons, entre autres, le cas de condamnation du père à une peine infamante, le cas où il a abjuré la religion de l'Etat, le cas où il est privé de ses droits civils et déporté en Sibérie (art 27, c. pénal) ; le cas où il a attenté aux mœurs si le délit est commis sur la personne de ses enfants (Voyez notre code pénal art. 334 et 335).

En cas de faillite le père est privé de l'*administration des biens* de ses enfants qui est confiée à la mère ou à un tuteur datif. Il en est de même au cas de prodigalité, et encore au cas d'interdiction du père légalement constatée par le Sénat pour la noblesse, par la préfecture pour les basses classes.

POLOGNE.

En Pologne, le code Napoléon apporté pendant les campagnes du premier empire est encore en vigueur ; mais une loi à la date du 13 juin 1825 a abrogé et remplacé tout le *titre premier* (art. 7 à 515 inclusivement). Cette loi qui comprend 521 articles a opéré des changements considérables dans le titre IX « De la puissance paternelle ».

L'article 414 de cette loi enlève tous les droits de la puissance paternelle aux individus interdits pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur ; à ceux qui sont engagés dans les ordres sacrés.

L'article 21 établit la même déchéance à l'égard des condamnés à une peine afflictive et infamante.

La loi cependant est incomplète comme la notre et peut prêter à la controverse. L'article 416 déclare indigne de remplir les fonctions de tuteur, celui qui est d'une conduite notoire, celui qui est incapable ou dont la gestion est infidèle : il paraît évident, d'après l'esprit général qui a présidé à la rédaction de cette loi, que l'article 416 est applicable au père administrateur ; quoiqu'il en soit, nous répétons que la législation est incomplète, comme chez nous ; et que la réforme opérée en 1825 est insuffisante.

SUISSE.

La législation suisse ne semble pas avoir distingué l'administration paternelle de la tutelle ; elle prend contre l'une et contre l'autre à peu près les mêmes garanties ; sauf dans le canton de Genève qui a adopté la législation française. Voici ce qui a lieu dans ce pays : l'administration du père [et la tutelle] sont sous le contrôle d'un pouvoir appelé *Conseil communal*, *Autorité tutélaire*, ou *Chambre des tutelles* suivant les cantons ; ce pouvoir est chargé de veiller à ce que le père fasse inventaire et fournisse caution ; à défaut par lui de le faire, l'autorité tutélaire peut prescrire le dépôt des biens des mineurs à *la caisse de l'autorité tutélaire* ; quand il advient des biens aux mineurs, le père est obligé, dans le mois, d'en faire la déclaration à ladite autorité.

Le père fait seul les actes d'administration ; pour faire les actes de disposition, il faut qu'il soit autorisé non pas, comme chez nous, exclusivement par le tribunal, mais soit par celui-ci, soit par l'autorité tutélaire, et même, dans certains cas, il lui faut l'assistance d'un tuteur extraordinaire qui le surveille et remplit à son égard celui

que remplit, en France, le subrogé-tuteur par rapport au tuteur.

Comme le tuteur chez nous, le père peut être obligé de fournir des comptes à des époques fixes (tous les quatre ans).

En cas d'opposition d'intérêts entre le père et le fils, il est nommé à ce dernier un *conseil* ou un *curateur extraordinaire*.

Enfin, en cas d'infidélité ou de mauvaise gestion, le père peut être destitué de son administration et remplacé par un *tuteur*. Ce n'est pas là, à proprement parler, un nouveau mode de gestion qui succède à l'ancien, puisqu'en réalité, le père est regardé comme un tuteur proprement dit. La tutelle n'est pas organisée sur les mêmes bases que chez nous ; elle se rapproche plutôt de notre administration légale ; le subrogé-tuteur n'existe pas, et rarement le conseil de famille ; en revanche, il y a toujours un pouvoir de contrôle qui n'est pas le tribunal de droit commun, mais, comme nous l'avons dit, un conseil *communal* ; il ne juge qu'en premier ressort, et se trouve sous l'autorité d'un conseil supérieur siégeant au chef-lieu du canton. Il nous paraît que la Suisse a plutôt organisé la puissance paternelle à l'exemple du *mundium* germanique, qu'à l'image du droit romain ; dans ce pays, en effet, les lois sur la puissance paternelle [comme celles sur la tutelle] ont plus directement visé l'intérêt de l'enfant que le respect dû à l'autorité paternelle ; c'est ce qui explique que, dans la plupart des cantons, la puissance paternelle a plutôt le caractère d'une tutelle. Nous verrons bientôt cependant que dans le Tessin, l'influence du droit romain se fait sentir.

Nous n'avons jusqu'à présent exposé que les principes dominants de la puissance paternelle en Suisse ; pour entrer dans quelques détails, nous sommes obligés d'étudier séparément la législation des divers cantons.

Canton de Bâle. — Ici deux législations différentes sont en présence, celle de Bâle-ville et celle de Bâle-campagne.

Bâle-ville. — C'est la loi du 1^{er} mai 1877 qui est en vigueur ; la puissance paternelle, et même la tutelle, ne finit pas nécessairement à la majorité de l'enfant qui a lieu à 21 ans accomplis comme en France. Le tribunal civil peut, sur la proposition du père (ou du tuteur), proroger les fonctions de ceux-ci aussi longtemps qu'il lui paraît bon ; mais, par contre, il peut, de son plein droit et s'il le juge convenable, *émanciper* le fils mineur ou l'enfant en tutelle.

L'administration paternelle [ou la tutelle, car, sauf la différence des personnes, ces deux institutions suivent les mêmes règles], est soumise au contrôle de la Chambre des tutelles (*Waisengericht*) à l'autorisation de laquelle le père [ou le tuteur] est obligé de recourir pour vendre, échanger, hypothéquer les biens des mineurs.

Bâle-campagne. — Le père est sous l'autorité du conseil communal, placé lui-même sous celle du conseil de district composé du préfet, du notaire et d'un délégué. Chaque trois mois le conseil communal doit rendre compte au gouvernement de la gestion du père [ou du tuteur].

Cantons de Neuchâtel et de Zurich. — Ces deux cantons suivent les mêmes règles que nous, sauf que le tribunal est remplacé par le juge de paix. Le père est durant le mariage administrateur des biens de ses enfants mineurs ; il a l'usufruit légal ; il peut aliéner librement

les meubles ; il n'est pas tenu de faire inventaire. Pour faire les actes de disposition, il lui faut l'autorisation du juge de paix ; il doit rendre compte, mais à l'enfant seul, à sa majorité. C'est le juge de paix qui est l'autorité pupillaire (Neuchâtel, code du 1^{er} mars 1854 — 30 avril 1855).

Valais. — Ici, les principes sur l'autorité paternelle changent de face ; on pourrait dire pour ce canton ce qu'on disait en France pour les pays de droit écrit : « Puissance paternelle n'a lieu ». Si elle existe en réalité, c'est fortement atténuée, et le droit le plus effectif du père consiste à être de droit le *conseil judiciaire* de sa fille ; (dans le Valais les femmes mineures, majeures et même veuves sont en état d'*interdiction perpétuelle*). De plus, quand il y a un *tuteur nommé à côté du père*, en vertu de l'article 258 du code promulgué le 1^{er} décembre 1853, c'est ce tuteur qui est chargé de l'éducation de l'enfant.

Pendant le mariage des père et mère, l'autorité paternelle est exercée par un conseil composé de *trois membres du conseil municipal* sous la présidence du président de la chambre pupillaire : c'est ce conseil qui a l'*administration des biens* du mineur et qui en autorise l'aliénation, l'échange, etc.

Appenzel. — Ici, comme dans le Valais, le principe qui domine c'est la grande atténuation de la puissance paternelle ; le père, pendant le mariage, est étroitement soumis au contrôle de l'autorité tutélaire, et après le mariage il n'a pas la tutelle légale de ses enfants ; il n'a pas non plus le droit de nommer par testament un tuteur à son choix. Le président et le greffier du conseil ont toute autorité relativement à l'administration des biens.

Une partie du canton d'Appenzel (territoire des Rhodés) est régie par une loi de 1856. Le conseil tutélaire (Landamman) peut remplacer par un tuteur le père qui administre mal ou qui gère d'une façon infidèle les biens de ses enfants. Il tient un *contrôle* où sont enregistrés les biens des mineurs ; c'est dans la caisse du conseil que sont déposées les valeurs mobilières de l'enfant. Le tuteur n'ayant ici rien à gérer des meubles incorporels du mineur, n'est astreint à aucune des règles auxquelles il est soumis chez nous depuis la loi du 28 février 1880. Il reste *complètement étranger* à l'administration des valeurs mobilières.

Vaud, Schwitz et Thurgovie. — Dans le canton de *Vaud*, la puissance paternelle reprend son empire ; c'est le père seul qui exerce son autorité sur la personne de ses enfants (code du 11 juin 1819, art. 201) et qui a l'administration de leurs biens (art. 208). Il a, comme chez nous, la jouissance légale, à la condition de faire inventaire et sous les restrictions de notre article 387. 2° (c. c.). Dans ce canton, il n'y a pas d'autorité pupillaire.

La loi sur les tutelles du 17 février 1851 soumet le canton de *Schwitz* aux mêmes règles que ci-dessus, règles auxquelles obéit également le canton de Thurgovie (loi du 11 avril 1860).

Lucerne [loi du 7 mars 1871 sur les tutelles]. — Le père, *pendant* et *après* le mariage, a l'administration des biens et la jouissance légale (art. 71). En cas de prédécès du père, ces droits et avantages passent à la mère qui les perd si elle se remarie (voir notre code civil, art. 386).

Argovie. — Les règles qui régissent l'autorité paternelle sont les mêmes que dans le canton de Vaud. Le code du 31 août 1847 remplace par un curateur (*Pfleger*) le père qui manque à ses devoirs.

Berne. — D'après le code de 1824, le père a, dans le canton de Berne, la puissance sur ses enfants mineurs durant le mariage ; la majorité est fixée à 23 ans révolus. Le père a les attributs sur la personne, droits de garde, de correction, et ceux sur les biens. Il a la jouissance des biens personnels de ses enfants, sauf de ceux qu'ils ont acquis par leur industrie ou par un travail séparé. Il a aussi l'administration qui est corrélatrice à l'usufruit, en effet, il n'a pas l'administration des biens que l'enfant a acquis par son propre travail, le mineur est habilité relativement à ces biens par l'autorité tutélaire.

Fribourg. — Le code du 22 mai 1834 est muet sur l'administration paternelle, tandis qu'il s'étend longuement sur l'organisation de la tutelle proprement dite. Il semble cependant que pendant le mariage le père a l'administration des biens sous la surveillance du juge de paix. Dans tous les cas, ce code plus rigoureux que le notre à l'égard du père édicte qu'il perd la puissance paternelle en cas de *faillite*. Cette disposition est très rigoureuse à la vérité, mais très sage, car il est à craindre qu'un père dont le crédit est ruiné, ne compromette la fortune de ses enfants dans des opérations hasardées.

Unterwald. — Nous nous trouvons dans ce pays en présence d'une situation que nous n'avons pas encore rencontrée en Suisse. Le principe dominant en matière d'administration paternelle c'est la surveillance d'un *conseil de famille* ; il remplace le conseil des tutelles. Il nous semble que, des diverses législations qui régissent

la Suisse, celle-ci est la plus logique : puisqu'il est de règle, en ce pays, que le père n'a jamais de pouvoirs absolus, mieux vaut à notre avis choisir le conseil de surveillance du père au sein de la famille que parmi des étrangers, fussent-ils investis de fonctions municipales ; cela est plus conforme aux principes du droit naturel sur l'organisation de la famille.

Les pouvoirs de ce conseil (*Freundschaft*) sont si larges qu'il peut non seulement surveiller le père mais même le destituer et le remplacer par un tuteur s'il compromet les biens de l'enfant. Dans ce conseil les fonctions du juge de paix chez nous sont remplies par le *Waisenvogt* qui est un délégué du grand conseil ou *Landrath*.

Tels sont les caractères de l'autorité paternelle ; voyons son fonctionnement : Le père a l'administration et la jouissance des biens de ses enfants mineurs jusqu'à leur majorité qui est fixée à 24 ans révolus. Il lui faut pour aliéner les meubles l'assistance de deux parents ; cependant l'enfant à partir du jour où il a vingt ans peut remplacer les deux parents. A partir de cet âge il jouit d'une sorte de demi-majorité :

Tessin. — Dans ce canton, la législation relative à la puissance paternelle est empreinte d'un caractère romain à ce point que le père peut instituer à son fils un héritier.

D'après l'article 119 du code du 1^{er} juin 1837 le père est le *représentant légal* de ses enfants. Cette autorité appartient aussi à l'aïeul qui a, dans une certaine mesure, le caractère du *pater familias* à Rome.

L'article 405 nous apprend que le père a l'*administration* et l'*usufruit* des biens, mais, contrairement à ce qui

a lieu chez nous il devient propriétaire des biens que l'enfant acquiert par sa propre industrie. C'est ce qui existait à Rome dans le premier état du droit : « *Igitur quod liberi nostri quos in potestate habemus..... mancipio accipient, vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex aliâ quâlibet causâ accipiunt, id nobis adquiritur* ». (Gaius. Comm. 2, § 87).

ANGLETERRE.

Dans ce pays, comme dans le précédent, le père est plutôt un tuteur, il est sous la surveillance du *lord chancelier*, délégué du roi, chef de toutes les familles, qui a le droit de lui retirer la puissance paternelle pour en confier l'exercice à un tuteur.

Le père, avons-nous dit, est un tuteur ; mais ses pouvoirs sont absolus ; il a l'administration des biens et une sorte d'usufruit légal qui consiste dans le droit de toucher les revenus *des terres* ; notons qu'il doit en tenir compte à l'enfant à sa majorité (1).

Il semble que l'administration paternelle ne soit pas, comme chez nous, un principe d'ordre public ; le père peut en effet, se décharger de ses fonctions pour les confier à un étranger.

Il ne saurait être question d'administration du père sur les biens des enfants naturels : ceux-ci sont sous la tutelle de leur mère ; jamais le père naturel n'est tuteur ; il ne peut qu'être contraint à participer par des secours

(1) Blackstone. *Commentaries on the laws of England*, tome I, page 453 (7^e édition).

en nature à l'éducation de l'enfant, si la mère n'a pas de ressources suffisantes pour y subvenir seule (1).

ECOSSE.

En Ecosse, la puissance paternelle se rapproche du *mundium* germanique. C'est un pouvoir de protection en faveur des enfants, pouvoir qui dure jusqu'à leur majorité ou leur émancipation ; notons que l'émancipation peut résulter non seulement de la volonté du père, mais du fait seul de l'enfant, quand, par exemple, il abandonne la maison paternelle pour vivre de ses propres ressources.

Le père porte le nom d'administrateur de la personne et des biens, ses fonctions participent à cet égard de la tutelle et de la curatelle.

Au décès du père, l'enfant ne tombe pas en tutelle proprement dite ; les attributions du père passent aux ascendants paternels, aïeuls, bisaïeuls ; c'est la *tutelle légitime des ascendants* de Rome.

DANEMARCK ET NORWÈGE.

Dans le Danemark, les règles relatives à l'autorité paternelle ne sont pas codifiées, elles sont éparses dans diverses lois publiées à des époques variables ; l'idée qui domine est la suivante :

L'administration de la personne et celle des biens sont complètement distinctes. La première appartient au père,

(1) Les Etats-Unis sont régis par les mêmes principes ; notons cependant qu'en ce pays, le père a l'administration des biens des mineurs, mais non l'usufruit. Voyez Kent. *Commentaries on american law.*, tome II. lect. 31, page 268 (12^e éd.).

qui jouit des droits de garde et de correction dont il peut être privé par le préfet, pour des motifs qu'il est complètement le maître d'apprécier.

Quant à l'administration des biens, elle est confiée au préfet, qui est placé, à cet égard, comme au point de vue administratif, sous le contrôle du gouvernement. Il relève directement du ministère de la justice. Il doit déterminer quelle est la somme à prendre sur les revenus personnels du mineur pour servir à son éducation, et par là même quelle est la part contributoire des parents.

En *Norvège*, le principal document de droit civil, le *code de Christan V*, promulgué en 1687, ne dit rien de spécial sur l'autorité paternelle. Les règles de cette administration sont éparses dans ses diverses parties. Le père est *tutor legitimus* de ses enfants mineurs ; il a la jouissance et l'administration des biens jusqu'à la majorité de l'enfant, fixée à 21 ans par une loi du 27 mars 1869 ; il doit remettre les capitaux aux mains d'une tierce personne qui en a le dépôt ; jamais il ne doit dépenser plus que les revenus pour l'entretien de l'enfant. Comme chez nous, il perd ses prérogatives à la majorité de l'enfant ou à son émancipation ; mais celle-ci peut résulter d'autres causes que chez nous ; ainsi, l'enfant qui embrasse la profession de marin est de plein droit émancipé.

ESPAGNE.

L'Espagne est encore sous le régime des *pécules* ; tout ce que l'enfant acquiert appartient au père. Les règles de la puissance paternelle se trouvent dans une loi récente *sur le mariage*.

LOI PROVISOIRE DU 18 JUIN 1870 SUR LE MARIAGE CIVIL (1).

Chapitre V.

Section II. — Deuxième partie.

Article 65. — Le père, et à son défaut, la mère a le droit.... 3° de faire siens les biens que les enfants acquerront avec le capital que les parents auront mis à leur disposition pour toutes sortes d'industrie, de commerce ou d'opération lucrative ; 4° *d'administrer et de percevoir les revenus des biens que les enfants auraient acquis* à quelque titre que ce soit ou par leur travail, ou par leur industrie.

Art. 66. — Le père et à son défaut la mère n'acquerront pas la propriété, l'usufruit ou *l'administration des biens* acquis par l'enfant au moyen de son travail ou de son industrie, *si celui-ci ne vit pas avec eux*.

Art. 67. — L'enfant sera réputé émancipé pour l'administration ou l'usufruit de ses biens dans le cas de l'article précédent.

Art. 71. — La puissance du père et de la mère et les droits qui la constituent seront suspendus et s'éteindront dans les cas déterminés par les lois

La puissance paternelle cesse à la majorité de l'enfant, au jour de son émancipation, quand il embrasse la profession religieuse, et encore au cas de destitution du père ; par exemple, s'il a prostitué sa fille, ou encore s'il succombe dans une instance en séparation de corps, s'il abuse

(1) Cette loi est relatée en entier dans l'*Annuaire de lég. étrang.* (année 1872) où nous avons puisé nos renseignements.

du droit de correction, et, enfin, s'il est condamné à l'exposition ou au bannissement.

Comme chez nous, la puissance paternelle dont le père est privé passe à la mère.

PORTUGAL.

Ici, nos renseignements manquent de précision, tout ce que nous avons pu savoir c'est que : 1^o la tutelle *succède* à la puissance paternelle ; 2^o que le mari peut *avant de mourir*, nommer à la femme qui le remplacera *dans son administration* un conseil pour la surveiller. Il nous semble que de ces données nous pouvons tirer la conclusion que le père est comme chez nous, durant le mariage, administrateur des biens de ses enfants mineurs.

GRÈCE.

En Grèce, la majorité est fixée comme chez nous à 21 ans (Loi de 1836). Le père a la jouissance et l'administration des biens des enfants jusqu'à cette majorité.

Si le mineur est émancipé, le père conserve dans une certaine limite (la moitié) ses attributions.

Tels sont les renseignements qu'il nous a été donné de recueillir sur l'administration légale chez les nations voisines ; ils permettent de voir qu'en général, les droits de la puissance paternelle, sur la personne comme sur les biens sont, sinon mieux, du moins plus strictement réglementés que dans notre code civil. Dans la plupart de ces pays, la puissance paternelle est réglée comme une tutelle, elle s'écarte du caractère que le droit naturel lui reconnaît, elle perd de sa grandeur, et s'éloigne de ce que les Romains avaient si bien nommé « *patria majestas* ».

Les garanties dont elle est entourée semblent en faire un gouvernement de défiance et lui enlèvent, à notre sens, son véritable caractère. Dans un seul pays, en Italie, le principe contraire domine, l'autorité paternelle l'emporte sur la tutelle à tel point qu'elle survit à la dissolution du mariage et que, au cas où elle cesse, la tutelle est exercée à titre de tutelle légitime par l'ascendant paternel. Le code italien semble avoir compris tout ce que ce pouvoir de protection qu'on appelle la tutelle a d'artificiel, et il ne l'exerce en faveur du mineur que quand l'autorité qui résulte de la nature et des liens du sang vient à faire défaut. Puisque chez nous une réforme est nécessaire et doit bientôt s'effectuer, nous serions heureux de la voir s'opérer dans le sens général du code civil italien, auquel nous pourrions emprunter, cette fois, une partie de ses règles à titre de réciprocité.

L'administration légale dans le droit international privé. — Nous avons étudié l'administration légale d'une part dans la loi française, d'autre part dans les lois étrangères, nous allons voir maintenant quel est le sort de cette administration dans le cas d'un conflit entre la loi française et la loi étrangère.

La question que nous nous proposons d'étudier est celle-ci : L'article 389 est-il applicable à tous les mineurs qui habitent le territoire ; s'applique-t-il aux étrangers comme aux français ? S'applique-t-il au français administrateur légal des biens de ses enfants en pays étranger ?

Nous considérons l'administration des biens des mineurs, sous l'autorité paternelle, comme un principe d'ordre public tout aussi nécessaire que les autres attributs de la puissance paternelle, tels que les droits sur la personne,

droit de garde, de correction etc., etc. Ceci est vrai dans tous les temps et dans tous lieux. Il est une vérité incontestable, nous dirons un axiome de droit, c'est que la puissance paternelle est un principe qui découle du droit naturel : les lois des différentes nations n'ont pu que l'emprunter au droit naturel pour le mouler dans les formes étroites du droit positif ; cette puissance paternelle, ce principe de la raison, quel en est le statut ?

D'après un ancien auteur, Boullenois, (Dissertation, p. 411 et suiv.), la puissance paternelle n'est pas une véritable puissance, c'est un pouvoir de *protection et de défense* ; un pouvoir d'administration et de direction. Merlin, dans son répertoire de Jurisprudence, examine la question ; suivant lui, la puissance paternelle n'est pas « une loi qui nous vient des hommes, nous ne l'avons apprise, nous ne l'avons lue nulle part ; c'est la nature qui l'a mise au dedans de nous. Dans le premier âge du monde l'autorité paternelle était la seule connue. » La puissance paternelle est donc une institution de protection pour l'enfant. C'est ainsi que le droit germanique comprenait cette puissance qu'il appelait le *mundium*, puissance qui s'écarte beaucoup, on le voit, de la *patria potestas* romaine, pouvoir absolu établi dans l'intérêt du père, que nous n'avons jamais ainsi compris chez nous, et duquel Loysel disait que puissance paternelle n'a lieu ; faisant ainsi comprendre que nos mœurs se refusaient à accepter la puissance paternelle romaine.

La puissance paternelle, nous dit encore Bourjon (1) « est un pouvoir de direction tempéré par la piété paternelle. »

(1) Droit comm. de la France. Tome 1, p. 34.

Ceci étant posé, si on se demande si les attributs de la puissance paternelle sont du domaine du statut personnel ou du statut réel, la réponse est toute indiquée : « Peut-on demander, dit M. Laurent (1), si le droit de l'enfant à l'éducation est un statut réel ? Et si le devoir imposé au père a un caractère de réalité ? Cela n'a pas de sens. »

Merlin disait avec grande raison : « La puissance paternelle est un *état* proprement dit, une condition véritable, aussi on ne peut douter que la loi qui l'admet ou la rejette ne soit un statut *personnel* et ne s'étende par conséquent *hors du territoire*. »

Un autre auteur disait déjà (2), en parlant de l'usufruit légal ; « On demande si les pères domiciliés dans les pays de droit écrit, dont les enfants ont des biens dans les pays de coutume, jouissent du fruit de ces biens, *c'est-à-dire, si le droit de puissance paternelle étend son effet partout* ; cette question ne me semble pas susceptible d'une grande difficulté, parce que la puissance paternelle est un droit *personnel* et par conséquent, *il ne peut être borné par aucun territoire*. »

Nous avons expliqué plus haut que la puissance paternelle, et l'administration légale en particulier, est un devoir ; qui admettra jamais qu'un devoir puisse changer de nature, parce que celui qui le doit, ou celui à qui on le doit, habite par delà la frontière ? Nous avouons, pour prendre un exemple, qu'un père français ne pourrait exercer en Italie son droit de correction sur son enfant, parce que le code Italien n'admet pas cette sorte de dé-

(1) Laurent. Dr. civ. internat. tome 6.

(2) Bretonnier [sur Henrys]., tome II., liv. 4., question 13.

tention ; mais ceci participe d'un autre ordre d'idées ; mais ceci découle du principe posé dans l'article 3 de notre code : « Les lois de police et de sureté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

Tout ce que nous venons de dire s'applique à la personne comme aux biens ; il n'y a pas à distinguer, suivant nous, les divers attributs de l'autorité paternelle, comme on a essayé de le faire ; tous sont aussi *nécessaires* les uns que les autres. Nous dirons avec M. Pascale Fiore (1) que, comme règle générale, nous posons en principe que la puissance paternelle doit dépendre uniquement *de la loi nationale de la famille* ; pour nous, c'est la loi *personnelle* du mineur qui doit régir l'administration légale des biens, même à l'étranger. C'est aussi l'avis de M. Laurent : « Un Germain, dit-il (2), ne devient pas un Romain, par cela seul qu'il s'établit sur une terre romaine, laissez-lui donc la loi qui est fondée sur le génie de sa race. La société n'a pas, en cette matière, un droit *essentiel* à opposer à l'application de la loi étrangère ; les relations entre père et fils se passent *dans l'intimité de la famille*. Que le législateur règle la condition des familles qui sont sous sa dépendance et pour lesquelles il a charge d'âmes ; mais il ne saurait avoir la prétention de régenter des familles qui appartiennent à une autre race ».

L'opinion presque unanime des auteurs, qui est aussi celle de la raison, veut donc que le statut qui constitue la famille, avec tous les droits et obligations qui en découlent, soit *personnel*. Le code, du reste, à notre avis,

(1) D. Inter. priv. trad. par Pradier-Fodéré (1875, Pédone-Lauréil, page 876).

(2) Laurent., tome VI, page 29.

formule le principe dans l'article 3 (3^o) « Les lois concernant l'état et la *capacité* des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. » Le code en édictant cette disposition, n'a certainement entendu l'établir qu'à charge de réciprocité, et nous pouvons formuler le principe corrélatif que les lois régissant l'état et la capacité d'un étranger, dans son pays, le régissent aussi quand il réside en France ; or, les lois réglementant les droits et les devoirs du père par rapport au fils et réciproquement, sont évidemment des lois relatives à l'état et à la capacité des personnes : le père français conservera donc la puissance paternelle française, même en pays étranger, toutes les fois qu'il ne l'exercera pas à l'encontre d'une loi de police et de sûreté étrangère ; et, dans tous les cas, il conservera l'administration légale à lui conférée par l'article 389, laquelle n'a rien de contraire à l'ordre public et aux lois de police et de sûreté. Nous en dirons autant du père étranger, en France. D'ailleurs nous admettons que les étrangers sont admis à jouir en France de tous les droits que la loi ne leur a pas expressément refusés, et elle ne leur refuse nulle part, ni la puissance paternelle, ni l'administration des biens de leurs enfants mineurs. Il est bien vrai que, comme le fait remarquer M. Laurent, l'administration légale n'est pas un droit, c'est un devoir ; mais dit-il, « on ne dira pas que « le devoir dépend de la situation de biens ; il a son « siège dans la conscience, et celle-ci ne varie point d'a- « près le territoire ». D'ailleurs, la puissance paternelle, *sensu lato*, appartient au statut personnel, elle est inhérente à la personne, car elle est de droit naturel ; il doit en être de même des attributs, des éléments qui la composent, et par conséquent de l'administration des

biens : « L'administration légale, dit M. Brocher (1) de l'Université de Genève, est une dépendance de l'autorité paternelle; c'est bien certainement là une fonction qui rentre dans le droit de famille et doit être réglé *par la loi de la nationalité* ».

De plus, comme le fait remarquer M. Massé (2), « le tuteur d'un mineur ou d'un interdit, le curateur d'un mineur émancipé, le conseil judiciaire d'un prodigue étendent leur autorité jusque sur les biens situés en pays étranger, parce que leur droit porte *plutôt sur la personne que sur les biens*, et qu'ils n'administrent les biens que parce qu'ils administrent et habilient la personne. En quelque endroit que se trouve ou qu'agisse la personne, il faut que le tuteur y soit et qu'il y agisse ». Il doit en être de même, dirons-nous, pour le père administrateur ; les mêmes raisons existent, à son égard comme à l'égard du tuteur, pour qu'il étende son administration en dehors du territoire ; elles existent même avec plus de force pour le *père* que pour le *tuteur*.

On nous opposera peut-être l'article 3 du code civil : « Les immeubles, même possédés par des étrangers, sont régis par la loi française » ; nous pourrions opposer le même article 3 : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». L'état et la capacité des personnes ne change certainement pas suivant que les biens administrés sont mobiliers ou immobiliers ; l'état, la capacité sont inhérents à la personne, et n'ont aucune relation

(1) Nouv. traité de droit internat. privé. Paris 1876., page 161.

(2) *Le droit commercial dans ses rapp. avec le droit des gens et le droit civil*. Paris, 1874 (tome 1, p. 477).

avec les biens. « Qu'importe, dit M. Laurent (1), qu'importe à la société belge que le père néerlandais ait besoin de l'autorisation du conseil de famille pour aliéner un bien de son fils ? Et qu'importe à la société néerlandaise qu'un père belge puisse vendre les biens de son fils sans intervention du conseil de famille. *C'est au législateur de chaque pays de voir quelle est la protection nécessaire aux incapables* qui sont soumis à sa puissance souveraine ». D'ailleurs, la loi pour la vente d'immeubles appartenant à des mineurs, prescrit certaines garanties ; est-ce parce qu'il s'agit d'immeubles ? Point, c'est parce que les immeubles *appartiennent à des incapables* ; ce que prouve notre assertion, c'est que la loi ne prescrit pas les mêmes garanties si les immeubles appartiennent à des majeurs, à des personnes capables ; c'est donc à cause de l'état et de la *capacité* [ou plutôt de l'incapacité] des personnes que la loi prescrit, pour l'aliénation, des mesures de garantie. Le caractère immobilier des biens, la question de la réalité du statut doivent donc être écartés ici.

En réalité, nous croyons qu'en matière d'aliénation immobilière, la vraie doctrine consiste à distinguer les formes qu'on appelle *intrinsèques* et les formes *habilitantes* (2). Les premières, les formes intrinsèques qui font la validité de l'opération, accord des parties, *res*, *pretium*, etc., doivent être celles du pays où se fait l'aliénation. Quant aux formes habilitantes (*habilis ad*), qui ne servent qu'à donner la capacité à celui qui ne l'a pas, au

(1) Tome VI, page 214.

(2) Nous laissons de côté les lois de la forme, et la maxime : *Locus regit actum*.

mineur dans notre cas, comme, par exemple, l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du Tribunal, pour le mineur en tutelle, l'autorisation du Tribunal, donnée en chambre du conseil pour le mineur sous l'autorité paternelle, quant à ces formes habilitantes, elles tiennent à l'*incapacité* du mineur, à l'*état* de la personne, elles doivent être régies par la loi nationale, elles font partie du statut *personnel* et suivent la personne.

Nous terminerons en disant quelques mots de la jurisprudence relativement au statut réglant l'*état* et la *capacité* des personnes.

Un arrêt de la cour de Gand (1) est relatif à l'espèce suivante : Une femme belge mariée à un allemand est interdite en Allemagne. Le tuteur ayant demandé au Tribunal l'autorisation de vendre les biens de l'interdite situés en Belgique, celui-ci refuse son autorisation, parce que, d'après lui, on doit vendre les immeubles suivant la loi de la nationalité de la femme. Appel. La cour de Gand réforme, et décide que *le droit de vendre* est du statut personnel, la forme de la vente du statut *réel*.

La jurisprudence de la cour de Liège a varié sur cette question :

Dans une première espèce (2) elle se prononce pour la réalité du statut ; il s'agissait d'un mineur belge qui avait des biens en Hollande : La cour décide que c'est le tribunal belge qui doit autoriser la vente de biens, mais que cette vente doit être faite dans les formes prescrites par le code hollandais, parce que les formalités tiennent au statut réel, en ce sens qu'elles sont *d'ordre public*.

(1) Cour de Gand. arrêt du 26 mars 1847. *Pasicrasie*, 1848. 2. 34.

(2) Cour de Liège, 22 novembre 1864. (*Pasicrasie*, 1865, 2. 68).

Pour notre part nous avons peine à croire que l'ordre public soit intéressé dans une aliénation de biens immobiliers : L'ordre public est-il intéressé parce que les biens appartiennent à un *mineur* ? C'est alors une question *d'état* et de *capacité* comme nous l'avons montré plus haut, qui doit rentrer dans le statut *personnel*.

La cour de Liège a reconnu son erreur, et l'a corrigée dans un autre arrêt (1) dans lequel elle prononce que « la loi qui fixe le mode d'aliénation des biens immeubles appartenant à des mineurs, ayant pour but la protection de ces derniers, constitue par les formalités habilitantes qu'elle prescrit un statut *personnel*... » C'est aussi notre manière de voir ; nous l'avons expliquée dans les pages précédentes.

La cour de Bruxelles (2) s'est aussi prononcée dans le sens de la *personnalité* du statut, en admettant la nullité d'une délibération qui avait été prise par le conseil de famille réuni à Bruxelles, pour autoriser un père espagnol à aliéner les biens de son fils ; les motifs donnés par la cour sont que le père espagnol, d'après la loi espagnole n'était pas soumis au contrôle du conseil de famille, c'est-à-dire était régi par sa loi *personnelle*.

Enfin le tribunal de Verviers (3) a déclaré que les tribunaux de Belgique n'avaient pas mission de protéger les mineurs étrangers habitant le territoire Belge, et qu'ils ne pourraient intervenir que s'il y avait un statut réel en cause.

On le voit, la jurisprudence, comme les auteurs et les précédents historiques donnent raison à notre système,

(1) 5 janvier 1867. (*Pasicrasie*, 1868. 2. 29).

(2) 21 décembre 1876, (*Pasicrasie* 1878, 3. 46).

(3) 20 Juillet 1865. (*Pasicrasie*, 1866. 2. 55).

et nous terminerons en posant le principe : qu'en cas de conflit entre la loi territoriale et la loi personnelle du mineur, en pays étranger, c'est cette dernière qui doit être appliquée, et nous généraliserons le principe posé dans l'article 3 (3°) du code civil en disant : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes sont du statut personnel et régissent tout individu, même résidant hors de sa patrie ; la loi étrangère ne lui est pas applicable ».



APPENDICE

Commentaire sur la loi du 28 février 1880, et texte de deux projets de loi sur l'administration légale du père, qui ont emprunté à la loi nouvelle la plupart de ses dispositions.

Nous avons eu occasion de parler de cette loi nouvelle pour montrer qu'elle ne s'appliquait pas au père administrateur légal. Il nous paraît bon d'en dire quelques mots à cause de sa date récente, et surtout, parce que les deux projets de loi sur notre matière que nous reproduisons plus loin lui ont emprunté une grande partie des dispositions qu'elle renferme, comme on peut le voir par la lecture des deux projets : nous la commenterons article par article. Cette manière d'étudier les lois n'est peut-être pas à l'abri de toute critique ; cependant nous avons cru devoir l'adopter à cause des différents ordres d'idées qui sont renfermés dans les différents articles : ceux-ci n'ont pas de relations suffisamment intimes pour qu'on puisse les relier entre eux dans une étude d'ensemble.

Article 1^{er}. — « *Le tuteur ne pourra aliéner sans y être autorisé préalablement par le conseil de famille, les rentes, actions, parts d'intérêts, obligations et autres meubles incorporels quelconques appartenant au mineur ou à l'interdit.*

« *Le conseil de famille en autorisant l'aliénation prescrira les mesures qu'il jugera utiles* ».

Le but de la loi ressort clairement de ce premier article ; elle a voulu en quelque sorte uniformiser les pouvoirs du tuteur et garantir avec les mêmes soins les biens du mineur quels qu'ils fussent, détruire enfin le vieux principe : *Vilis mobilium possessio*, inexact aujourd'hui, puisque, souvent actuellement la fortune mobilière surpasse de beaucoup la fortune immobilière : assimilation des meubles incorporels aux immeubles ; mêmes garanties assurant l'aliénation de ceux-ci et de ceux-là, voilà ce qu'a voulu la loi, voilà ce qui résulte nettement des mots « et autres meubles incorporels quelconques » contenus dans l'article 1. « On ne devait pas, dit M. Buchère (1), conseiller à la cour de Paris, permettre au tuteur de disposer à son gré de valeurs qui pouvaient avoir une importance considérable, et représenter la plus grande partie du patrimoine du mineur,

(1) Revue prat. 1881, page 113. Commentaire.

« alors qu'il lui est défendu d'aliéner une parcelle de terre
« quelque minime qu'elle soit sans une autorisation du conseil
« de famille homologuée par le tribunal. »

« *Le conseil de famille, en autorisant l'aliénation prescrira les mesures qu'il jugera utiles* (art. 1 *in fine*). Le conseil de famille aura donc toute latitude à cet égard, sauf dans un cas que la loi prend soin de régler elle-même, c'est celui de l'article 3 : « L'aliénation sera opérée par le ministère d'un agent de change toutes les fois que les valeurs seront négociables à la Bourse... etc. ». Cet article, sur lequel nous reviendrons bientôt, *restreint* les pouvoirs accordés au conseil de famille. Peut-être lui reste-t-il une prérogative, c'est de choisir lui-même l'agent de change et de l'imposer au tuteur : nous déciderons plus loin la question.

Toutefois cette seule exception, le conseil de famille peut suivant les circonstances, prescrire la vente publique ou à l'amiable pour le mieux des intérêts du mineur.

L'article 2 est la suite naturelle de l'article 1^{er} ; il commence à recevoir son application quand les valeurs de l'article premier atteignent le chiffre de 1500 francs en capital, il faut alors une formalité de plus, l'homologation du tribunal. Art. 2 : « *Lorsque la valeur des meubles incorporels à aliéner dépassera d'après le conseil de famille, quinze cents francs en capital, la délibération sera soumise à l'homologation du tribunal, qui statuera en la Chambre du conseil, le ministère public entendu, le tout sans dérogation à l'article 883 du code de procédure civile ; dans tous les cas le jugement sera rendu en dernier ressort* ».

« dépassera, d'après l'appréciation du conseil de famille, 1500 francs en capital... ». C'est donc au conseil de famille et non au tribunal qu'appartient le soin de fixer la valeur du meuble à aliéner : Il a à cet égard toute latitude ; la nouvelle loi est tout à fait large dans ses termes ; mais une fois l'appréciation établie, une difficulté peut se présenter : il peut arriver qu'entre le jour de l'appréciation du conseil de famille et celui de l'aliénation, les meubles incorporels dont le mineur veut se défaire, aient augmenté ou diminué de valeur ; à quel moment faut-il se placer pour savoir si, suivant les cas, l'homologation du tribunal est ou non nécessaire ? Précisons la question : Le mineur veut aliéner une valeur négociable à la Bourse, le conseil de famille a jugé qu'elle valait moins de 1500 francs en capital ; cette valeur a augmenté de telle sorte qu'elle vaut au jour de la vente 1550 francs, par exemple. L'homologation du tribunal sera-t-elle nécessaire ? Autrement dit, l'article 2 de la loi de 1880 reçoit-il son application au jour de la vente ? L'article 3 nous dit que pour aliéner les valeurs négociables à la Bourse, le ministère des agents de change est obligatoire.

Dans le cas ci-dessus, l'agent qui aura été choisi pourra-t-il refuser son intermédiaire sous prétexte qu'il y a irrégularité et qu'il eut fallu l'homologation du tribunal ? Nous ne le croyons pas. Le conseil de famille doit fixer la valeur en capital du meuble incorporel à aliéner : *sa délibération est soumise* à l'homologation du tribunal si la valeur est supérieure à 1500 francs : *Ces deux conditions* sont, suivant nous, *préalables à la vente* ; ce n'est que quand elles ont été remplies, que *la vente peut avoir lieu* ; je ne crois pas qu'on nous cherche querelle sur ce point. En somme l'article 2 doit être appliqué avant le jour de la vente, il en est une des conditions préalables.

D'après le même raisonnement, nous donnerons la même solution dans l'hypothèse inverse : si une valeur dont la vente nécessite l'homologation du tribunal, a diminué d'une telle sorte qu'au jour de la vente elle vaut moins de 1500 francs en capital, l'homologation reste une condition nécessaire et préalable à la vente. — La question, d'ailleurs, présente dans ce cas peu d'intérêt ; l'homologation du tribunal, *qui a été donnée* puisque la valeur était primitivement supérieure à 1500 francs, si elle devenait inutile pour opérer la vente, suivant une opinion contraire à la notre, n'en aurait pas moins été donnée, et en somme serait toujours une garantie, non pas obligatoire, il est vrai, mais présentant autant de sécurité que si elle l'était en réalité.

Le Tribunal « *statuera en la chambre du conseil, le ministère public entendu* ». Remarquons que c'est la procédure que nous avons toujours voulu appliquer en matière *d'administration légale* ; c'est la meilleure procédure à appliquer aux aliénations de biens de mineurs, c'est en effet la plus expéditive (v. art. 458. C. C.).

Notre article fait remarquer qu'il n'est pas dérogé à l'article 883 du code de procédure, et que *dans tous les cas* le jugement sera rendu en dernier ressort ; il y a là deux idées différentes, mais qui ont des liens communs. — L'article 883 (titre X. Des avis de parents) est relatif au dissentiment d'opinion entre les membres composant le conseil de famille, il est ainsi conçu : « Art. 883. Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera mentionné dans le procès-verbal. Les tuteur, subrogé-tuteur et curateur, même les membres de l'assemblée, pourront se pourvoir contre la délibération ; ils formeront leur demande contre les membres qui auront été d'avis de la délibération, sans qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation ». La loi nouvelle qui est une loi d'abrogation voulant éviter toute espèce de doute a formellement réservé l'application de l'article 883 ; mais l'article 889 disant que les jugements dont il s'agit sont susceptibles d'appel, on aurait pu se demander si cet article était applicable ; rationnellement on aurait

dit qu'il devait l'être ; la loi nouvelle fait cesser tout doute sur ce point : « *dans tous les cas*, le jugement sera rendu en dernier ressort ». La loi ne distingue pas, tout jugement intervenu sur un manque d'entente dans une délibération du conseil de famille, qu'il y ait lieu ou non à l'homologation du tribunal, est rendu *sans appel*.

Pourquoi la loi de 1880 supprime-t-elle ici cette garantie de l'appel ? Est-ce que, comme on l'a prétendu, quand il s'agit d'aliéner des valeurs mobilières, l'intérêt est de peu d'importance ? Nous avons déjà combattu cette idée surannée et inexacte. La loi, suivant nous, a voulu, tout en exigeant des garanties sérieuses, simplifier les formalités et la procédure ; « lorsque l'affaire, a dit le rapporteur, aura déjà été examinée « par le conseil de famille et par le Tribunal, elle aura, en « quelque sorte, subi les deux degrés de juridiction ». D'ailleurs l'aliénation des valeurs mobilières doit être faite souvent à un moment opportun qu'il importe de saisir ; si la voie de l'appel eût été possible, les retards occasionnés par ce recours eussent pu rendre une opération onéreuse ou du moins inutile pour le mineur.

Article 3. — *L'aliénation sera opérée par le ministère d'un agent de change toutes les fois que les valeurs seront négociables à la Bourse, au cours moyen du jour.*

La loi, dans l'article précédent, a fixé les règles et la procédure suivant lesquelles aurait lieu l'aliénation des valeurs ; ici elle règle le *mode de la vente*, le fait matériel de la réalisation des valeurs en numéraire ; par les prescriptions qu'elle édicte, elle arrive, eu égard à la qualité des intermédiaires, qui sont de véritables officiers ministériels, à atteindre, tout en évitant des lenteurs et des frais, le prix maximum que puissent atteindre les valeurs à aliéner.

La procédure, en effet, est nulle ; à la différence de l'aliénation d'immeubles que la loi entoure de nombreuses garanties qui la compliquent, telles que des délais de rigueur, une publicité déterminée, et dont elle garantit la vérité du prix par la faculté d'une surenchère ; les choses se passent ici simplement ; le seul fait de la vente opérée par un agent de change remplit toutes les conditions de vente publique aux enchères et permet, comme nous l'avons dit, d'atteindre le prix le plus élevé qui puisse être atteint au jour de l'aliénation.

« L'aliénation sera opérée par le ministère d'un agent de change... ». Ce n'est pas ici le lieu d'étudier l'institution et le fonctionnement de ces officiers ; il nous suffira, pour cela, de nous reporter aux articles 74 à 90 du code de commerce. Citons seulement l'article 76 : « Les agents de change constitués de la « manière prescrite par la loi, ont seuls le droit de faire les né-

« négociations des effets publics et autres susceptibles d'être cotés... » Cet article semble bien établir le privilège des agents de change relativement aux valeurs mobilières ; cependant, la prescription de l'article 3 de la loi de 1880 fait cesser, en établissant plus nettement encore le privilège de ces officiers, une controverse qui s'élevait entre eux et les notaires, sur le point de savoir quelle interprétation il fallait donner à ces mots : « *susceptibles d'être cotés* », les notaires prétendant que tous effets publics appartenant à des mineurs ne pouvaient être vendus qu'après l'autorisation et les formalités de justice. Notre article remplace les mots de l'article 76 [C. comm.] par ceux-ci : « négociables à la Bourse », qui ont une signification beaucoup plus large. La question avait été déjà résolue en ce sens par un arrêt de la cour de cassation du 7 décembre 1853 (Sirey, 54. 1. 117), qui avait décidé que le privilège de l'agent de change existait toutes les fois que l'aliénation devait avoir lieu par voie de *négociation*, opération qui se fait d'agent de change à agent de change et ne peut se confondre avec la vente aux enchères proprement dite, car elle consiste dans le fait 1° de se porter intermédiaire entre les parties, 2° et d'opérer le transfert régulier qui seul peut saisir le cessionnaire.

Quant aux valeurs au porteur, elles peuvent bien, eu égard à leur nature, se transmettre par la seule tradition du titre entre personnes d'accord, l'une pour vendre, l'autre pour acheter ; mais en ce qui concerne les valeurs nominatives, par exemple les rentes sur l'Etat, l'acheteur ne peut être saisi que par le transfert que seul l'agent de change a qualité pour requérir.

Il ne peut entrer dans notre plan d'étudier le fonctionnement des opérations de Bourse ; disons seulement qu'elles présentent toutes les garanties des ventes aux enchères publiques, et que la fraude est impossible, puisque le prix quotidien se trouve uniformément fixé, qu'il s'agisse de valeurs appartenant à des majeurs ou à des incapables. Nous trouvons encore une garantie dans l'obligation ou se trouve tout agent de change de tenir, en vertu de l'article 84 (C. comm.), un registre où ils doivent consigner « jour par jour, et par ordre de dates, sans ratures, « interlignes ni transpositions, et sans abréviations ni chiffres, « toutes les conditions des ventes, achats, assurances, négociations, et, en général, de toutes les opérations faites par « leur ministère. »

« Toutes les fois que les valeurs seront négociables à la Bourse. » La loi, par cette disposition, ne fait que réserver aux agents de change le monopole qui résulte pour eux de leurs fonctions.

Toutes les valeurs se réduisent aujourd'hui à deux catégories : 1° valeurs cotées en Bourse ; 2° valeurs cotées en banque. Le privilège ne devra évidemment s'appliquer qu'aux valeurs

cotées à la Bourse, c'est-à-dire à celles seules qui y sont négociables ; notre article est formel.

Les agents de change sont soumis à un conseil de discipline ; la chambre syndicale, qui, outre la fixation de la cote ou cours du jour dont nous allons bientôt parler, a pour mission d'admettre à la négociation tous nouveaux effets. Il ne suffit pas qu'une compagnie ou un gouvernement émette des titres ou valeurs pour que la chambre soit tenue de leur assigner un cours en les cotant à la Bourse ; cette admission est soumise à certaines règles, et notamment en ce qui concerne les valeurs étrangères au décret du 22 mai 1858. Notons entre autres choses, que l'admission de ces valeurs à la Bourse française n'a lieu généralement qu'après autorisation du ministre des finances.

Quant aux valeurs de la deuxième catégorie ; elles restent sous l'empire du droit commun, et sont soumises aux règles édictées par les articles 1 et 2.

« *Au cours moyen du jour.* » La vente étant opérée en public, suivant les lois de l'offre et de la demande, dans un lieu public, le parquet des agents de change, les opérations diverses que les agents de change doivent consigner sur leur carnet donnent lieu dans le cours d'une même journée à des variations ; le cours de ces variations est arrêté chaque jour par les agents de change réunis, et la constatation de ce cours est faite par les soins de la chambre syndicale qui en arrête le quantum dans un bulletin inscrit sur un registre officiel, coté et parafé.

Ces cours quotidiens sont dits cours *haut*, cours *bas* et peuvent présenter entre eux des écarts sensibles : La loi prescrit le cours moyen, la seule énonciation de cette expression en fait suffisamment comprendre la portée ; notons que ce n'est pas une innovation, c'est sur ce cours moyen qu'a lieu la perception de l'impôt, et notamment en ce qui concerne l'administration de l'enregistrement le cours moyen a été prescrit par l'article 7, (titre III) de la loi des 15-22 mai 1850. Le paragraphe 3 de cet article est ainsi conçu : « Le capital servant à la liquidation du droit d'enregistrement sera déterminé par le cours moyen de la Bourse *au jour de la transmission.* » Notre article n'a pas reproduit ces derniers mots, mais le vœu de la loi les appelle évidemment.

Disons enfin que l'opération devra nécessairement être faite au comptant.

La lecture de l'article 74 du code de commerce, qui reconnaît des agents de change « dans toutes les villes qui ont une Bourse de commerce » nous suggère une dernière question. Pour la perception des droits d'enregistrement le cours moyen est celui de la Bourse de Paris, c'est le seul dont il est question dans les recueils distribués aux agents du fisc. Mais diverses villes, comme Lyon, Marseille, Bordeaux ont des parquets d'agents

de change où se négocient les valeurs ; celles-ci y ont chacune un cours qui bien que sensiblement égal à celui de Paris peut cependant en différer quelque peu. D'autre part la loi du 15 juin 1872 relative à la perte des titres au porteur n'indique que le syndicat des agents de change de *Paris* comme seul chargé de recevoir les oppositions et d'en publier le bulletin officiel ; nous croirons le début de la loi de 1880 suffisamment rempli si la négociation des valeurs appartenant aux mineurs est faite à toute autre bourse que celle de Paris.

Article 4. — « *Le mineur émancipé au cours de la tutelle, même assisté de son curateur, devra observer pour l'aliénation de ses meubles incorporels les formes ci-dessus prescrites à l'égard du mineur non émancipé.*

« *Cette disposition ne s'applique pas au mineur émancipé par le mariage.* ».

Cet article ne présente rien de bien particulier. Il ressort de son premier alinéa que la réunion du mineur et de son curateur forme une personnalité juridique remplaçant celle qu'on appelle le tuteur. Le mineur assisté de son curateur devra donc observer les prescriptions des articles 1, 2, 3 et suivants de la loi nouvelle ; nous n'aurons qu'à remplacer dans l'article 1 les mots « le tuteur » par ceux-ci : « le mineur assisté de son curateur ». Tout ce que nous avons déjà dit de la délibération du conseil de famille, de l'homologation du Tribunal, de la nécessité de recourir dans certains cas au ministère des agents de change s'applique au mineur émancipé.

L'alinéa deuxième fait une exception en faveur du mineur émancipé *par le mariage*. La nouvelle loi lui donne des pouvoirs tout à fait larges ; sa capacité est celle d'un majeur ; il rentre sous l'empire du droit commun, sous la réserve toutefois qu'il sera assisté de son curateur. « L'addition, disait M. Denormandie, du mot : *même*, devant ceux : *assisté de son curateur*, indique bien que l'on considère l'aliénation par le mineur émancipé, avec la *seule* assistance de son curateur, comme étant aujourd'hui de droit commun, et il ne paraît pas douteux qu'on reconnaît au mineur *émancipé par mariage*, le droit d'aliéner avec la *seule* assistance de son curateur ».

Article 5. — « *Le tuteur devra, dans les trois mois qui suivront l'ouverture de la tutelle, convertir en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur ou à l'interdit et dont le conseil de famille n'aura pas jugé l'aliénation nécessaire ou utile.*

« *Il devra convertir en titres nominatifs les titres au porteur qui adviendraient au mineur ou à l'interdit de quelque manière que ce fut, et ce, dans le même délai de trois mois, à partir de l'attribution définitive ou de la mise en possession de ces valeurs.*

« Le conseil de famille pourra fixer pour la conversion un terme plus long.

« Lorsque par leur nature, soit à raison de conventions, les valeurs au porteur ne seront pas susceptibles d'être converties en titres nominatifs, le tuteur devra, dans les trois mois, obtenir du conseil de famille l'autorisation, soit de les aliéner avec emploi, soit de les conserver. Dans ce dernier cas comme dans celui prévu par le paragraphe précédent, le conseil pourra prescrire le dépôt des titres au porteur, au nom du mineur ou de l'interdit, soit à la caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'une personne ou d'une société spécialement désignée.

« Les délais ci-dessus ne seront applicables que sous la réserve des droits des tiers et des conventions préexistantes.

Cet article présente un nouvel ordre d'idées. Les quatre premiers articles prévoient et règlent les cas où les valeurs sortiront de la possession du mineur ou de l'interdit ; celui-ci, au contraire, prescrit les mesures à prendre lorsque les valeurs mobilières continueront à composer le patrimoine des incapables.

Après le mode d'*aliénation*, le mode de *conservation* ; mais tandis que les prescriptions de la loi relatives à l'aliénation portent en elles-mêmes leur sanction qui sera le refus d'aliéner, de la part des officiers publics, toutes les fois que les obligations qu'elle impose ne seront pas remplies ; nous allons bientôt reconnaître que, quand aux prescriptions de l'article 5, il n'en est point ainsi.

Sous l'empire du code civil, le tuteur n'était tenu que de faire dresser inventaire suivant les formes prescrites ; la fortune du mineur y était établie, cet inventaire formait la base du compte que le mineur était obligé de rendre à la fin de sa gestion et constatait authentiquement les sommes, valeurs ou créances dont il lui était fait dépôt en sa dite qualité ; cet inventaire était fait en la présence du tuteur, sous le contrôle du subrogé-tuteur et signé de lui ; le tuteur reconnaissait par là même ce dont il était dépositaire et comptable ; l'hypothèque légale dont sont grévés ses biens complétait la garantie du mineur.

A ces garanties, la loi de 1880 a voulu en ajouter d'autres ; le tuteur, dit l'article 5, « devra dans les trois mois qui suivront l'ouverture de la tutelle, convertir en titres nominatifs, les titres au porteur, appartenant au mineur et à l'interdit et dont le conseil de famille n'aura pas jugé l'aliénation nécessaire ou utile ». Dans les trois mois qui suivront *l'ouverture la tutelle*.... Cette expression est-elle bien choisie ? veut-on par *ouverture de la tutelle* ? Un enfant mineur a-t-il perdu son père ou sa mère, l'administration légale venant à cesser, la tutelle est ouverte immédiatement. Le survivant des époux, est de plein droit tuteur (art. 390. cc.) ; mais dans le cas de l'article 405.

c'est-à-dire, quand le mineur n'a plus ni père ni mère, la loi n'a pas prescrit de délai pour la nomination du tuteur ; cependant la tutelle est ouverte, mais il n'y aura de tuteur, nous dit l'article 418, que du jour de la nomination s'il est présent, ou du jour qu'elle lui aura été notifiée : dans ce cas, il jouira d'un délai de dix jours, pour requérir l'inventaire (art. 451) et l'article 452, lui prescrit de faire vendre le mobilier, dans le délai d'un mois après la clôture de l'inventaire.

Notons encore que si la tutelle est ouverte par la mort du mari, la veuve (art. 456) a un délai de trois mois pour faire inventaire et de plus quarante jours pour délibérer sur l'acceptation de la communauté ; circonstance dont dépendra une variation dans la fortune du mineur ; que si la femme meurt dans les délais ci-dessus, ses héritiers auront pour faire ou terminer l'inventaire, un nouveau délai de trois mois (art. 1461). Il eut mieux valu dire dans les « trois mois qui suivront la clôture de l'inventaire ». Est-ce pour corriger cette impropriété que dans son paragraphe 3, notre article dit que « le conseil de famille pourra fixer un terme plus long ».

Il devra également, nous dit le paragraphe 2, convertir les titres au porteur qui adviendraient au mineur ou à l'interdit, dans le cours de la tutelle. A la lecture de ce paragraphe, qui édicte pour l'avenir les mêmes dispositions que le paragraphe précédent édicte pour le présent, il nous semble qu'on eût pu supprimer le second et dire, par exemple : « Le tuteur devra convertir en titres nominatifs les titres au porteur qui appartiennent au mineur ou qui lui adviendraient dans la suite, de quelque manière que ce fût, dans le délai de trois mois, à partir soit de la clôture de l'inventaire, soit de l'attribution définitive ou de la mise en possession des valeurs ». Cette rédaction, nous semble-t-il, eût été à la fois plus concise et plus pratique ; c'est d'ailleurs celle qui a été employée dans l'article suivant, pour un autre ordre d'idées.

« ... Convertir en titres nominatifs les titres au porteur... »
Etudions la portée de ces mots, car une distinction nous semble nécessaire. Le langage usuel admet ces expressions : valeurs *nominatives*, valeurs au porteur ; c'est une distinction qui peut présenter des dangers, et nous allons voir que l'expression « valeurs nominatives » ne s'entend que valeurs qui juridiquement ont des manières d'être bien différentes dans la plupart des cas.

En ce qui concerne les fonds d'Etat, les actions de la Banque de France, celles des sociétés civiles, il n'y a pas de doute ; ces valeurs sont réellement nominatives, les titres représentatifs sont ainsi libellés. Mais, quant à la grande majorité des valeurs industrielles, il n'en est pas ainsi : elles se subdivisent ordinairement en actions et obligations ; ce que nous allons dire des unes s'applique aux autres.

La loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, autorise (art. 2) la négociation des actions après le versement de $\frac{1}{4}$ du capital ; l'article 3 permet la conversion des titres en titres au porteur après le versement de $\frac{1}{2}$ du capital sous des conditions que nous n'avons pas à rappeler ici. Supposons le cas d'un propriétaire d'actions qui ont été converties en titres au porteur ; la conversion dont il s'agit a un effet indiscutable, c'est de faire des titres convertis, des meubles corporels, d'incorporels qu'ils étaient ; c'est-à-dire, et c'est seulement ce que nous voulons dire ici, de les rendre transmissibles par la simple tradition, comme les meubles corporels ; la simple remise manuelle du titre opère la cession de la créance, ce qui les soumet à la prescription de l'article 2279 relatif aux meubles corporels, sauf la réserve, spéciale il est vrai, établie pour eux par la loi du 15 juin 1872, que nous avons déjà citée plus haut.

Cette transformation a lieu (art. 3 de la loi de 1867) lorsque les statuts de la compagnie l'ont prévue et qu'une délibération de l'assemblée des actionnaires l'ont autorisée ; il ne suffit donc pas de la simple volonté d'un porteur de ces sortes de valeurs pour en changer la nature. Aussi, le dépôt qui peut en être fait, ne change-t-il pas la forme naturelle du titre, il est délivré dans ce cas un titre nouveau qu'on appelle bien titre nominatif, mais qui est ainsi libellé : « certificat *nominatif* de dépôt d'actions *au porteur* » et où sont relatés les numéros mêmes des titres déposés lesquels sont rendus en cas de conversion inverse : nous ne voyons pas là une novation dans le titre mais seulement la substitution à des titres multiples d'un titre collectif qui n'en est que la représentation.

Le dépôt est fait, dans le cas dont nous parlons, à la Compagnie elle-même ; la loi fiscale seule y voit une conversion qu'elle taxe (Loi de juin 1872) d'un droit de 0,50 centimes pour cent ; mais le dépôt pourrait être fait dans tout autre lieu ; on éviterait ainsi cet impôt, tout en arrivant au but qu'on se propose, qui n'est, généralement, que d'éviter le vol ou la perte ; ainsi, par exemple, la Banque de France reçoit le dépôt de toutes espèces de valeurs moyennant une redevance fixe (0,10 centimes par titre, par an). La caisse des dépôts et consignations qui est un lieu de dépôt légal est soumise à une législation spéciale.

Le propriétaire peut demander la remise des valeurs ainsi déposées ; il n'y a pas là, à proprement parler, une conversion, puisque les titres sont restitués moyennant une simple décharge ; ce n'est en fait qu'une restitution de titres au porteur. Quant aux valeurs appartenant à des mineurs, le tuteur ne pourra demander la remise de titres déposés ; il ne pourra faire cette opération, considérée désormais comme un acte d'aliénation, qu'en remplissant les formalités que nous avons étudiées précédemment ; disons qu'il faut que le dépôt des valeurs du mineur ait

été effectué au siège de la compagnie des valeurs de laquelle il s'agit. Quoiqu'il en soit, nous croyons que c'est là le vœu de la loi de 1880, et que la disposition qui ordonne la conversion en titres nominatifs des titres au porteur doit être, dans la plupart des cas, ainsi interprétée : Dépôt au siège social d'une compagnie des titres au porteur émis par elle pour en obtenir un certificat nominatif de dépôt dont le tuteur ne pourra obtenir la remise qu'en se conformant aux prescriptions de la loi.

L'Etat et certaines compagnies industrielles ou de finances ont émis un type de valeurs participant à la fois du titre nominatif et du titre au porteur, on les appelle *titres mixtes* ; il est bien évident que ce sont de véritables titres *nominatifs* avec un mode spécial de paiement des coupons ou dividendes.

« Lorsque soit par leur nature, soit à raison de conventions..... »

« Par leur nature..... » En ce qui concerne les sociétés, fonds d'Etat, compagnies ou entreprises étrangères, par exemple, le transfert des actions ou des obligations n'est pas matériellement possible en France.

« A raison de conventions..... » La convention fait la loi des parties (art. 1134. C. C.), aussi notre article réserve-t-il, dans son dernier alinéa, les droits acquis et les conventions préexistantes.

Article 6. — *Le tuteur devra faire emploi des capitaux appartenant au mineur ou à l'interdit, ou qui leur adviendraient par succession ou autrement, et ce, dans le délai de trois mois à moins que le conseil (de famille) ne fixe un délai plus long, auquel cas il pourra en ordonner le dépôt comme il est dit en l'article précédent.*

Les règles prescrites par les articles ci-dessus et par l'article 455 du code civil, seront applicables à cet emploi.

Les tiers ne seront, en aucun cas, garants de l'emploi.

Nous passons ici des valeurs aux capitaux, et nous trouvons une prescription nouvelle : Tout en se référant à l'article 455, la loi de 1880 modifie cet article en abrégant de moitié le délai accordé au tuteur pour faire emploi ; de six mois, elle le réduit à trois mois ; c'est le terme qu'elle a adopté et que nous trouvons dans les articles qui précèdent ; elle y reste fidèle.

Pourquoi, ici, la loi prescrit-elle le dépôt plutôt que l'emploi dont parle l'article 455. Un capital déposé purement et simplement ne produit pas d'intérêt, sauf les cas de dépôt à la caisse des dépôts et consignations où les intérêts courent au taux de 3 p. 100 à partir du soixante-et-unième jour ; quand il y a des intérêts produits ce n'est plus un dépôt, c'est un emploi. La loi en ordonne-t-elle ainsi dans la prévision d'un emploi ultérieur, ou pour conserver des capitaux disponibles. Le conseil de famille est seul juge ; en tous cas le tuteur se trouve déchargé de

payer personnellement les intérêts : La loi nouvelle, à ce point de vue, est favorable au tuteur.

« Les tiers ne seront, en aucun cas, garants de l'emploi ». Il n'en saurait être autrement, c'est le droit commun. On doit, autant que possible éviter d'immiscer les tiers dans la gestion de la fortune des familles. Cette sorte d'intervention ne se rencontre guère que dans les conventions matrimoniales à propos de la dot, elle crée toujours des complications et doit toujours être évitée.

Une dernière observation nous reste à faire ; on a prétendu que l'article 455 (délai de 6 mois), restait applicable toutes les fois qu'il s'agissait de l'excédent des revenus du mineur sur ses dépenses ; tandis que l'article 6 de notre loi (délai de trois mois,) restait exclusivement applicable aux capitaux ; nous ne comprenons pas que cette distinction puisse se poser, *tout revenu non employé étant un capital*. Cette distinction trop subtile ne nous semble pas admissible. Nous réservons évidemment le cas de l'usufruit légal, où le père, (ou la mère) tuteur, jouissent en principe de la totalité des revenus.

Article 7. — *Le subrogé-tuteur devra surveiller l'accomplissement des formalités prescrites par les articles précédents. Il devra si le tuteur ne s'y conforme pas, provoquer la réunion du conseil de famille, devant lequel le tuteur sera appelé à rendre compte de ses actes.*

Cet article crée pour le subrogé-tuteur des fonctions effectives, que le code ne lui avait pas données ; notons bien les termes de la loi : « Le subrogé-tuteur *devra*... ». Ce n'est pas une obligation morale que la nouvelle loi crée pour lui ; c'est un ordre qu'elle lui intime ; il est vrai qu'elle n'a créé contre le subrogé-tuteur aucun moyen de coercition. On avait hésité à faire sortir le subrogé-tuteur de son rôle effacé ; on avait dit, comme le fait remarquer le rapporteur de la loi « qu'on allait peut-être « mettre aux prises deux volontés contraires ; que si le tuteur « et le subrogé-tuteur n'étaient pas d'accord, on verrait un « conflit ; qu'il faudrait alors recourir au conseil de famille, et « que, sous le prétexte de simplifier, on aurait compliqué la situation. Pour ces diverses raisons, on avait repoussé l'idée « d'utiliser le rôle du subrogé-tuteur ».

La Chambre n'a pas admis ces raisons, et elle a bien fait ; si la loi à côté du tuteur a placé un subrogé-tuteur, c'est justement, croyons nous, pour créer un « conflit entre deux volontés contraires » sinon le rôle du subrogé-tuteur serait tout à fait inutile.

« Il (le subrogé-tuteur) devra, si le tuteur ne s'y conforme pas, provoquer la réunion du conseil de famille devant lequel le tuteur sera appelé à rendre compte de ses actes ». Cet article ne distingue pas entre la tutelle des père et mère, et celle des étrangers ; cette distinction a cependant été établie par l'arti-

de 470 du code civil. et nous regrettons de ne pas la voir reproduite ici. La loi nouvelle semble avoir oublié le vrai point de vue auquel on doit envisager l'autorité paternelle : L'article 470 ne prescrivait qu'au tuteur datif seul l'obligation de présenter au subrogé-tuteur « des états de situation » de la gestion.

Dans notre loi le conseil de famille remplit le rôle du subrogé-tuteur ; celui ci ne peut provoquer la réunion de cette assemblée. Que résulterait-il de cette comparaison du tuteur ? Si les comptes qu'il rend ne révèlent ni incapacité, ni infidélité le tuteur ne pourra être destitué, le conseil de famille ne pourra que *l'engager à accomplir les prescriptions de la loi, sauf à lui de ne pas s'y conformer de nouveau*. La loi manque donc à cet égard d'une réelle sanction ; nous voyons d'ailleurs, dans les travaux préparatoires, qu'on n'a pu trouver de sanction pratique aux prescriptions qu'elle ordonne. C'est donc en connaissance de cause que la loi a été votée incomplète.

Si nous essayons d'établir un parallèle entre la situation du mineur sous la législation antérieure et sa situation actuelle, nous trouvons que sous l'empire du code, en ce qui concerne les biens du pupille, le tuteur est à la fois administrateur et seul gardien et dépositaire de sa fortune et par suite soumis à toute la responsabilité qui peut en découler. La nouvelle loi, faite *contre le tuteur*, tout en le déchargeant de la garde et du dépôt qu'elle confie en des tierces mains le décharge aussi de sa responsabilité ; il n'est plus que simple administrateur, et les tiers qui auront à traiter avec lui auront moins à se préoccuper de l'hypothèque légale dont ses biens sont frappés au profit du mineur. Non seulement il est déchargé au point de vue de la garde, mais son administration même est soulagée ; il n'est pas responsable du plus ou moins de solidité des valeurs appartenant au mineur puisqu'il n'est fait le dépôt que de celles dont le conseil de famille n'aurait pas jugé l'aliénation nécessaire.

Tout impôt doit être établi par une loi ; la loi de 1880 qui ne revêt en rien le caractère d'une loi fiscale a cependant établi à l'égard des mineurs un impôt forcé que nous ne pouvons passer sous silence. Le mineur héritier de ses père et mère doit les droits de mutation, le centième denier, 1 p. 100, plus un double décime et demi soit 1 fr. 25 pour cent, c'est le taux fixé par la loi du 22 frimaire an VIII (art. 69). En prescrivant le dépôt des valeurs mobilières, la loi de 1880 oblige le mineur à payer en outre un demi droit en sus, c'est-à-dire le droit de 0,50 p. 100 dit droit de conversion établi par la loi du 29 juin 1872. (Ce dernier droit, il est vrai, n'est pas soumis aux décimes.

Article 8. — *Les dispositions de la présente loi sont applicables aux valeurs mobilières appartenant aux mineurs ou aliénés, placés sous la tutelle soit de l'administration de l'Assistance publique soit des administrations hospitalières. Le con-*

seil de surveillance de l'administration de l'Assistance publique et les commissions administratives rempliront, à cet effet, les fonctions attribuées aux conseils de famille. — Les dispositions de la présente loi sont également applicables aux administrateurs provisoires des biens des aliénés nommés en exécution de la loi du 30 juin 1838.

Cet article ne présente rien de particulier ; notons simplement que la loi de 1880 s'applique à tous les incapables, sauf, comme nous l'avons montré plus haut, au mineur sous l'administration légale.

Article 9. — *Les tuteurs entrés en fonctions et les mineurs émancipés antérieurement à la présente loi, seront tenus de s'y conformer ; les délais courront pour eux à partir de la promulgation.*

Article. 10 — *La conversion de tous titres nominatifs en titres au porteur est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres.*

Cet article est conforme à l'esprit général de notre loi qui est, en quelque sorte, une loi de défiance contre les tuteurs. Il défend une conversion qui rend les titres transmissibles de la main à la main et aurait permis au tuteur infidèle de se les approprier. En réalité, la conversion que l'article prohibe, n'est pas une aliénation, mais c'est un acheminement vers une aliénation, aussi notre article édicte-t-il fort bien qu'à l'avenir la conversion par le tuteur des titres nominatifs du mineur en titres au porteur ne pourra plus avoir lieu sans l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal s'il est nécessaire (art. 2).

Article 11. — *Les dispositions de la présente loi sont applicables à l'Algérie et aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion. Les délais, en ce qui concerne les colonies, seront, quand il y aura lieu, augmentés des délais supplémentaires, fixés à raison des distances par la loi du 3 mai 1862.*

Article 12. — *La loi du 24 mars 1806, et le décret du 25 septembre 1813, sont abrogés ; sont également abrogées toutes les dispositions des lois qui seraient contraires à la présente loi.*

Telle est, en peu de mots, l'économie générale de la loi du 28 février 1880 ; cette loi a certainement répondu à un besoin qui nécessitait la grande extension de la fortune mobilière ; de plus, elle a fait cesser une jurisprudence variable en posant des règles fixes ; elle prescrit au tuteur des obligations nouvelles ; mais, comme nous l'avons déjà dit, il est à regretter qu'elle n'ait pas sanctionné ces obligations. Si elle a amélioré la situation du mineur, elle a fait de même de celle du tuteur, nous avons montré qu'elle diminue sa responsabilité. Elle fait sortir le subrogé-tuteur de son rôle — effacé — en lui imposant une fonction nouvelle ; le conseil de famille lui-même voit ses fonc-

tions notablement augmentées puisque, dans certains cas, il est substitué au tuteur lui-même. Enfin, elle rend la procédure plus expéditive, c'est-à-dire plus favorable aux mineurs dans certains cas, en supprimant la voie de l'appel ; il est à regretter cependant qu'elle ait augmenté sensiblement les frais à supporter par les mineurs qu'elle est destinée à protéger.

TEXTE DES DEUX PROJETS DE LOI SUR L'ADMINISTRATION LÉGALE.

N° 253.

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Troisième législature.

Session extraordinaire de 1881.

PROPOSITION DE LOI

Relative à l'administration des biens des enfants mineurs pendant le mariage.

(Renvoyée à la commission relative à l'administration légale du père pendant le mariage).

Présentée par M. BISSEUIL, député.

EXPOSÉ DES MOTIFS :

Messieurs,

L'article 389 du code civil institue et réglemente en ces termes l'administration légale du père de famille pendant le mariage, sur les biens de ses enfants mineurs :

« Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs.

« Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance ; et, quant à la propriété, seulement de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit ».

Quelle est l'étendue de ces pouvoirs d'administrateur ?

Peu de question ont donné lieu à plus de controverses en doctrine et en jurisprudence.

Dans le but de mettre fin à ces controverses, le Gouvernement vient de déposer sur le bureau de la Chambre un projet de loi ainsi conçu :

(1) Nous citons textuellement l'annexe au procès-verbal de la séance du 13 décembre 1881.

Article unique.

L'article 389 du code civil est complété par les dispositions suivantes :

Le père administrateur ne peut faire aucun acte excédant l'administration des biens de ses enfants mineurs, sans recourir à une autorisation de justice donnée par le tribunal en chambre du Conseil.

Sont considérés comme excédant l'administration, et soumis par suite à l'autorisation précédente, tous les actes d'aliénation, de conversion et d'emploi de valeurs mobilières prévus par *les articles 1, 3, 4, 5, 6 et 10 de la loi du 27 février 1880*. La conversion et l'emploi seront accomplis dans le délai de trois mois, à partir du jour où les biens seront advenus aux mineurs.

Le père administrateur peut, sur sa demande, en cas d'infirmités graves, être déchargé par le tribunal de son administration.

Il peut, sur la demande des parents des mineurs, ou sur l'initiative du ministère public, en être privé par le tribunal pour cause d'inconduite notoire, d'incapacité ou d'infidélité.

Dans tous les cas où le père administrateur a été déchargé ou privé de son administration, le tribunal, à la requête des parents des mineurs ou sur l'initiative du ministère public, désigne en chambre du Conseil la mère ou un tiers administrateur pour le remplacer.

Le projet du gouvernement est conçu dans des termes qui ne permettent pas de l'adopter sans lui faire subir d'importantes modifications (1).

EXAMEN CRITIQUE.

I. Le projet maintient l'article 389 du code civil, incompatible pourtant dans certaines parties avec le texte additionnel proposé.

Ainsi, l'article 389 débute par ces mots : « Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. » Or, les modifications proposées établissent qu'il peut, dans certains cas, ne pas être administrateur desdits biens.

II. Le projet consacre deux paragraphes à définir ce qu'on entend par acte *excédant l'administration*.

La formule du projet manque de clarté et de précision.

III. Le projet se réfère, quant aux prohibitions d'aliéner, de convertir et d'employer les valeurs mobilières des mineurs aux articles 1, 3, 4, 5, 6 et 10 de la loi du 27 février 1880.

(1) C'est l'auteur du deuxième projet qui parle.

Je comprends le renvoi aux articles 1, 3 et 10 ; mais il suffit de se reporter aux articles 4, 5 et 6 de la loi pour se convaincre que leur texte ne pourrait s'appliquer à l'administration du père qu'en leur faisant subir des modifications importantes de rédaction.

IV. La dernière phrase du deuxième alinéa de l'article unique proposé : « La conversion et l'emploi seront accomplis dans le délai de trois mois à partir etc. . . . », ne peut se comprendre qu'en se reportant au texte de la loi du 27 février 1880 où il se trouve placé. Isolée, comme elle l'est dans la loi proposée, cette phrase est inintelligible.

V. Les §§ 3 et 4 prévoient le cas où le père pourra être déchargé ou déclaré indigne de l'administration par le tribunal. Comment sera prise cette décision, en chambre du conseil ou à l'audience ? le projet ne le dit pas.

VI. Il ne paraît pas admissible que, comme le propose le projet, l'initiative de la destitution du père administrateur puisse être prise par un parent quelconque du mineur. Ce serait exposer le père à des demandes souvent injustes et vexatoires. Il y a des précautions à prendre à cet égard.

Dans le dernier paragraphe, le projet s'occupe du remplacement du père empêché ou indigne. L'administration passerait, dans ce cas, *à la mère ou à un tiers*.

Le projet semble ainsi laisser aux tribunaux une alternative qui ne doit pas être dans la pensée des auteurs du projet.

Il faut qu'à moins d'être elle-même dans un cas d'excuse ou d'indignité la mère soit alors investie de l'administration à l'exclusion des tiers.

Puis il faut prévoir le cas où ce tiers serait lui-même dans l'un ou l'autre de ces cas de dispense ou d'indignité, ce que ne fait pas le projet.

Je n'insiste pas d'ailleurs sur l'insuffisance du projet à cet égard. Il me semble en effet qu'alors qu'on en arrive à confier l'administration des biens d'un mineur à un tiers, il est bien plus rationnel d'appliquer à cette situation les règles et les garanties édictées en matière de tutelle, et de le dire d'une manière formelle.

VII. Le projet du gouvernement omet de statuer sur un nombre considérable de situations que le législateur doit prévoir et régler et que je signale ici sommairement.

1° L'administrateur est-il, comme le tuteur, tenu de faire inventaire ?

2° D'après quelles règles se feront les ventes d'immeubles appartenant aux mineurs ? Cette question n'est pas résolue d'une manière uniforme en doctrine et en jurisprudence.

3° N'y a-t-il pas à faire la part du droit d'usufruit légal appartenant ordinairement au père sur les biens de ses enfants mineurs ?

4° N'est-il pas évident qu'en procédure on ne saurait procéder de la même manière quand le père sollicite son remplacement et quand on provoque sa destitution ; que si dans le premier cas il est possible de procéder par voie de simple requête, il y a lieu au contraire, dans le second, d'agir par voie de citation.

5° Ne faut-il pas aussi régler la forme de procédure relative aux incidents qui pourront survenir ?

6° Ne faut-il pas prévoir le cas où des biens auraient été donnés ou légués à l'enfant sous la condition que l'administration n'en appartiendrait pas au père administrateur légal ?

7° Ne faut-il pas aussi prescrire l'application de la loi en Algérie et dans nos autres colonies dans lesquelles le système de la métropole est organisé ?

VIII. N'apparaît-il pas avec la dernière évidence que cette loi ne peut rentrer dans le cadre restreint d'un article unique, et qu'il y a lieu par suite de faire une loi spéciale en abrogeant l'article 389 du code civil.

EXAMEN SOMMAIRE DU CONTRE-PROJET.

Article 1^{er}. — Attribution de l'administration pendant le mariage au père, *et à son défaut à la mère*.

Article 2. — Cas de dispense ou de déchéance du père, substitution de la mère dans les droits et obligations qui découlent de l'administration.

Article 3. — Dispense ou déchéance de la mère, et dans ce cas, déclaration judiciaire d'ouverture de la tutelle, qui sera conférée à un tiers conformément aux règles ordinaires.

Article 4. — Au cas où la tutelle est ouverte, réglementation des droits du père en ce qui concerne son usufruit légal.

Il est inutile de faire la même prévision en ce qui regarde la mère, car, aux termes de l'art. 384, son droit à l'usufruit légal ne prend naissance qu'au décès du père, et alors la tutelle est ouverte au profit de la mère.

Article 5. — Cet article a pour but de mettre fin à une controverse sérieuse. Il tranche au profit de l'enfant la question de validité d'une disposition faite au mineur sous la condition que le père ou la mère n'aura pas l'administration ou l'usufruit légal des biens qui en font l'objet.

Article 6. — Cet article emprunte à l'art. 389 du Code civil l'obligation pour l'administrateur de rendre compte, et à l'art. 450 du même Code, celle d'administrer en bon père de famille, sous peine de devenir responsable des dommages résultant d'une mauvaise gestion.

Article 7. — Cet article tranche encore une controverse en obligeant l'administrateur à faire inventaire.

Il réglemente les conditions particulières dans lesquelles devra se confectionner cet acte de protection des intérêts de l'enfant.

L'article 8 délimite dans des conditions nouvelles et qui m'ont paru meilleures, l'étendue des droits de l'administrateur.

Il prescrit les formalités qui devront être accomplies pour vendre les immeubles, les rentes, actions, part d'intérêt, créances, obligations et autres meubles incorporels quelconques appartenant au mineur, pour consentir toutes cessions, pour faire l'acceptation des successions qui lui seront échues (autre objet de controverse) ; pour emprunter en son nom ou hypothéquer ses immeubles.

L'article 9 imposant le ministère des agents de change pour les aliénations de valeurs cotées, est emprunté à la loi du 28 février 1880.

L'article 10 tranche une question controversée. L'administrateur ne peut devenir acquéreur ou adjudicataire des biens de son fils dépendant de son administration.

Articles 11 et 12. — Sous ces articles se trouvent prescrites les obligations et certaines formalités auxquelles l'administrateur sera tenue en ce qui concerne la conversion de titres au porteur appartenant au mineur en titres nominatifs, l'emploi des capitaux, et, dans certains cas, des revenus, le délai imparti à l'administrateur pour ces opérations, le dépôt de certains titres au porteur non susceptibles d'être convertis en titres nominatifs, etc.....

L'article 13 assimile, quant aux formalités à remplir, la conversion des titres nominatifs en titres au porteur, à l'aliénation de ces titres.

Article 14. — Cet article vise encore une difficulté de pratique. La loi a bien prévu le cas où le tuteur a des intérêts contraires à ceux de son pupille dans des procédures déterminées, il n'a été fait rien de pareil pour l'enfant mineur ayant ses père et mère et des intérêts distincts et contraires à ceux de l'administrateur de ses biens. L'article 14 comble cette lacune.

L'article 15 astreint les administrateurs en exercice du jour de la promulgation de la loi proposée à l'obligation de s'y soumettre.

Article 16. — Procédure rapide et peu coûteuse applicable aux divers jugements à rendre par le Tribunal en conformité des dispositions de la loi nouvelle.

La règle et le jugement sur requête en chambre du conseil, le ministère public entendu.

Par exception, il y aura lieu à citation dans le cas de poursuite en déchéance dirigée contre l'administrateur en exercice.

Les incidents seront instruits à l'audience comme en matière sommaire.

L'article 17 autorise les tribunaux à prescrire par les jugements autorisant les aliénations, l'emploi des deniers à provenir des aliénations faites par l'administrateur et toutes autres mesures de protection qu'ils jugeront utiles.

L'adoption de toutes ces dispositions entraîne l'abrogation de l'article 389 du Code civil. Cette abrogation est prononcée par l'article 18.

Enfin l'article 19 rend la loi applicable dans nos colonies où le service judiciaire actuel permet de faire cette application.

Telle est, messieurs, l'économie générale du projet de loi suivant que j'ai l'honneur de soumettre à l'examen de la Chambre des Députés :

PROPOSITION DE LOI.

Article 1^{er}. — Pendant toute la durée du mariage, l'administration des biens personnels des enfants mineurs, qui en sont issus, appartient au père, ou, à son défaut, à la mère.

Article 2. — Le père administrateur peut, sur sa demande et pour des motifs graves, être déchargé de son administration.

Si le père n'a pas la jouissance légale des biens de ses enfants mineurs, il peut, sur la plainte des autres parents de ceux-ci, ou d'office, mais, dans tous les cas, sur la requête du ministère public, être privé de l'administration pour cause d'inconduite notoire, d'absence prolongée, d'incapacité, d'infidélité ou de manquement grave aux obligations imposées par la présente loi.

S'il a la jouissance légale, le père peut être tenu dans les cas spécifiés au paragraphe qui précède de fournir caution dans un délai imparti par le tribunal. S'il ne satisfait pas à cette obligation, le tribunal peut prononcer sa double déchéance d'administrateur et d'usufruitier légal.

Dans les divers cas de dispense ou de déchéance qui viennent d'être prévus, le tribunal confie l'administration à la mère.

Article 3. — Si la mère investie judiciairement de l'administration en est elle-même dispensée ou déclarée indigne en conformité de l'article précédent, le tribunal prononce la mise en tutelle de la personne et des biens des mineurs.

Après quoi, il est procédé conformément aux règles prescrites en matières de tutelle par les articles 406 et suivants du code civil et la loi du 27 février 1880.

Article 4. — Au cas où le père serait déclaré déchu de sa jouissance légale, si l'administration passe aux mains d'un tuteur, celui-ci demeure comptable envers le père, des revenus nets des biens jusqu'à l'âge de 18 ans du mineur, ou jusqu'à son émancipation, si elle a lieu avant cet âge.

Le compte sera rendu annuellement à l'époque qui sera fixée par le jugement déclaratif de l'ouverture de la tutelle.

Article 5. — Si le père ou la mère n'est dans aucun des cas de dispense ou d'indignité plus haut prévus, et s'il est donné ou légué à l'enfant mineur des biens sous la condition qu'ils ne seront ni administrés par le père ou la mère, ni soumis à l'usufruit légal de ceux-ci, les dits biens, à défaut d'indication d'un administrateur dans l'acte de libéralité, seront administrés par *un tuteur ad hoc*, qui sera nommé en les formes prescrites aux articles 406 et suivants du code civil.

L'émancipation de l'enfant par le père ou la mère en les formes légales fera cesser l'administration du tuteur *ad hoc* nonobstant toute stipulation contraire de la part du donateur ou testateur.

Article 6. — L'administrateur est comptable, quant à la propriété et au revenu, des biens dont il n'a pas la jouissance, et quant à la propriété seulement de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit.

Il administre en bon père de famille et répond des dommages d'une mauvaise gestion.

Article 7. — Tout administrateur est tenu de faire faire inventaire des meubles ou valeurs mobilières de toute nature qui seront advenus aux mineurs ou leur adviendront aux cours de l'administration.

Cette opération sera faite à la requête de l'administrateur, en présence d'un tiers chargé, au même titre que le subrogé-tuteur en matière de tutelle, d'en contrôler l'exactitude. Ce dernier sera nommé sur requête ou d'office par le juge de paix.

La fonction de ce préposé cessera par le fait seul de la confection de l'inventaire.

Il est autorisé à requérir cette formalité à défaut par l'administrateur de satisfaire à cette obligation.

Article 8. — L'étendue des droits de l'administrateur des biens des mineurs pendant le mariage est soumise aux seules restrictions ci-après :

L'administrateur ne peut aliéner les immeubles des mineurs, que dans les formes prescrites par les articles 954 et suivants, du code de procédure civile, pour l'aliénation des biens de mineurs. Toutefois il ne sera pas nécessaire de recourir à l'avis préalable du conseil de famille.

Il ne peut, sans une autorisation préalable du tribunal de première instance, aliéner les rentes, actions, parts d'intérêts, créances, obligations et autres meubles incorporels quelconques, appartenant au mineur, ou en consentir la cession.

Il ne peut, sans la même autorisation, ni accepter, si ce n'est sous bénéfice d'inventaire, une succession pour le mineur, ni emprunter pour lui, ni hypothéquer ses immeubles.

Ces autorisations ne devront être accordées que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident.

Article 9. — L'aliénation des valeurs énumérées au § 3 de l'article qui précède sera opérée par le ministère d'un agent de

change, au cours moyen du jour, toutes les fois que les valeurs seront négociables à la Bourse.

Article 10. — Le père administrateur ne peut se rendre acquéreur ou adjudicataire des biens ou valeurs appartenant au mineur et dépendant de son administration, il en est de même de la mère, investie de l'administration.

Article 11. — L'administrateur devra, dans les trois mois du jour où aura commencé son administration, convertir en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur.

Il devra également convertir en titres nominatifs les titres au porteur qui adviendraient au mineur de quelque manière que ce puisse être, et ce dans le même délai de trois mois, à partir de l'attribution définitive ou de la mise en possession de ces valeurs.

Le tribunal civil pourra, s'il y a lieu, proroger ce délai.

Lorsque, soit par leur nature, soit à raison de conventions, les valeurs au porteur ne seront pas susceptibles d'être converties en titres nominatifs, l'administrateur devra, dans le même délai de trois mois, obtenir du tribunal l'autorisation soit de les aliéner, soit de les conserver ; dans ce dernier cas, le tribunal pourra prescrire le dépôt de titres au porteur, au nom du mineur, soit à la Caisse des Dépôts et Consignations, soit dans la caisse d'une société, ou entre les mains d'une personne spécialement désignée.

Les délais ci-dessus ne sont applicables que sous la réserve des droits des tiers et des conventions préexistantes.

Article 12. — L'administrateur devra, dans le même délai de trois mois, faire emploi des capitaux appartenant au mineur ou qui lui adviendraient par succession, donation ou autrement.

Le tribunal pourra proroger ce délai. Il pourra également ordonner que les capitaux seront déposés comme il est dit en l'article précédent.

Si l'emploi est fait en valeurs de Bourse ou de Banque, les titres seront nominatifs.

Le tribunal déterminera la somme à laquelle commencera pour l'administrateur l'obligation d'employer les capitaux mobiliers du mineur. Il pourra également, mais seulement quand l'administrateur n'aura pas la jouissance légale des biens du mineur, faire la même détermination en ce qui concerne les revenus.

A défaut d'emploi dans le délai sus-imparti, l'administrateur qui n'aura pas la jouissance légale devra les intérêts à 5 p. 100 des sommes non employées qu'il n'aurait pas été autorisé ou fondé en droit à conserver.

Article 13. — La conversion de tous titres nominatifs en titres au porteur est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres.

Article 14. — Si l'administrateur a à exercer des réclamations à l'encontre du mineur et réciproquement, il est, pour cet objet, nommé à celui-ci par le tribunal un administrateur *ad hoc* sur la requête du ministère public. Les fonctions de cet administrateur spécial cessent en même temps que la cause qui aura occasionné sa nomination.

Article 15. — Les administrateurs entrés en fonctions antérieurement à la promulgation de la présente loi seront tenus de s'y conformer.

Article 16. — Les décisions du tribunal qui interviendraient par application de la présente loi seront *rendues sur requête, en chambre du conseil, le ministère public entendu*.

Dans les cas spécifiés aux §§ 2, 3 et 4 de l'article 2 et à l'article 3, § 1 ci-dessus, le père ou la mère sera, à la requête soit du parent qui aura fait la plainte, soit du ministère public, appelé devant le tribunal, en chambre du conseil, sur citation délaissée à personne ou domicile.

Les incidents auxquels ces procédures pourraient donner lieu seront instruits et jugés comme en matière sommaire.

Article 17. — Le tribunal pourra, par le jugement qui autorisera les aliénations de biens ou valeurs appartenant au mineur, prescrire l'emploi des deniers à en provenir et toutes autres mesures de protection ou de conservation qu'il jugera utiles.

Article 18. — L'article 389 du Code civil est abrogé.

Article 19. — Les dispositions de la présente loi seront applicables à l'Algérie, aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe, de la Réunion, du Sénégal, de la Guyane, de l'Inde et de la Cochinchine.

Les délais, en ce qui concerne les colonies, seront, s'il y a lieu, augmentés des délais supplémentaires fixés, à raison des distances, par la loi du 3 mai 1862.



TABLE DES MATIÈRES

Ancien droit français relativement à l'administration des biens des mineurs.

CHAPITRE I.

SECTION I. — Qu'est-ce que l'administration légale ? — Divers systèmes. — Son caractère d'après les travaux préparatoires.	21
SECTION II. — L'administration légale est d'ordre public. . .	33
SECTION III. — La mère peut exercer l'administration légale. — L'article 389 reste étranger à l'administration des biens des enfants naturels. — Diverses hypothèses : Enfants incestueux. — Enfants adultérins. — Enfants adoptifs. — Tutelle officieuse.	47

CHAPITRE II.

Des causes susceptibles de modifier l'administration légale.

SECTION I. — Effets de l'absence sur l'administration légale. a) Présomption d'absence. — b) Déclaration d'absence .	56
SECTION II. — Effets de l'interdiction sur l'administration légale. — 1 ^{re} Interdiction judiciaire. — 2 ^{re} Interdiction légale. — Diverses hypothèses : Art. 335 du code pénal. Art. 42 du code pénal. — Dégradation civique. — Père soumis à un conseil judiciaire. — Père placé dans un établissement d'aliénés conformément à la loi du 30 juin 1838. — Circonstances de fait non prévues par le code civil. — Amnistie, réhabilitation, grâce.	69
SECTION III. — Du divorce et de la séparation de corps. — a. Divorce. — b. Séparation de corps.	80
SECTION IV. — Causes d'excuses, d'exclusion, de destitution du père administrateur légal. — Différences à cet égard entre le père et le tuteur.	86
SECTION V. — De certaines mesures de garantie prises contre le tuteur et qu'on ne prend pas contre le père administrateur. — Conseil de famille. — Hypothèque légale. — Subrogé-tuteur.	94
SECTION VI. — Opposition d'intérêts entre le père et le fils ; nomination d'un administrateur <i>ad hoc</i>	100

CHAPITRE III.

Règles d'exercice de l'administration légale.

SECTION I. — Formalités au début de la gestion : — Caution. — Inventaire. — Vente des meubles corporels.	110
SECTION II. — Valeurs mobilières (meubles incorporels). — <i>La loi du 28 février 1880 n'est pas applicable à l'admini-</i> <i>stration légale.</i>	117
SECTION III. — Gestion proprement dite. — Actes d'adminis- tration, actes de disposition. — Système adopté	128

CHAPITRE IV.

Causes qui mettent fin à l'administration légale. — Majorité de l'enfant. — Mort de l'enfant. — Mort de l'un des pa- rents et ouverture de la tutelle. — Triomphe du père dans l'action en désaveu. — Emancipation. — <i>Note sur</i> <i>un projet de loi relatif à la protection des enfants</i> <i>abandonnés</i> — Compte de gestion.	143
---	-----

CHAPITRE V.

LÉGISLATION ÉTRANGÈRE.

Italie. — Hongrie. — Allemagne. — Autriche. — Russie. — Pologne. — Suisse (différents cantons). — Angleterre. — Ecosse. — Danemark et Norvège. — Espagne. — Portugal. — Grèce.	
L'administration légale dans le droit international privé. — L'administration légale fait partie du statut personnel.	159

APPENDICE

Commentaire sur la loi du 28 février 1880, et texte de deux projets de loi sur l' <i>administration légale</i> qui ont emprunté à cette loi la plupart de ses dispositions. . . .	190
---	-----



POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I.

La *filius familia* peut comme le *filius familias* s'obliger par contrat.

II.

Le *peculium quasi-castrense* ne date que de Constantin. C'est à tort qu'on a voulu prétendre qu'il avait été établi par ses prédécesseurs.

III.

Le texte d'Ulpien, au *Digeste* (*De castr. pec.*, loi 8) et celui de Papimien au même titre, loi 13, sont conciliables : ils règlent deux hypothèses différentes.

IV.

Il était permis, à Rome, au *filius familias* en puissance, de disposer de ses biens adventices par donation mortis causâ.

DROIT FRANÇAIS.

CODE CIVIL.

I.

La condition que le père n'aura pas l'administration des biens légués au fils doit, dans tous les cas, être réputée *non écrite*.

II.

Le père qui administre les biens de son enfant n'est pas tenu de vendre les meubles corporels dont il n'a pas l'usufruit. Il peut aliéner les valeurs mobilières sans aucunes formalités.

III.

Le mineur qui a ses père et mère n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son père : celle-ci ne peut prendre naissance qu'à la mort de la mère.

IV.

L'article 477 du code civil ne doit pas être restreint au seul cas où le père est mort, il doit s'étendre à tous les cas où le père se trouve dans l'impossibilité d'accorder au fils l'émancipation.

DROIT CRIMINEL.

I.

Dans l'article 335, on doit comprendre l'administra-

tion de l'article 389 parmi les droits et obligations dont le père se trouve déchu.

II.

Les tribunaux jugeant correctionnellement ne peuvent retirer au père l'administration que l'article 389 du code civil lui confère sur les biens de ses enfants.

DROIT ADMINISTRATIF.

I.

Le décret du 25 mars 1852, qui a autorisé les communes à transiger, leur a refusé le compromis ou l'arbitrage.

II.

En l'absence de règlements ou usages locaux, le maire d'une commune a le droit de fixer une distance pour les plantations que veulent faire les particuliers le long des chemins ruraux.

VU :

Nancy, le 11 juin 1883.

Le Président de l'acte public,

E. BINET.

VU PAR LE DOYEN :

Nancy, le 12 juin 1883.

E. LEDERLIN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Nancy, le 13 juin 1883.

Le Recteur,

MOURIN.

